Digitized by Google

CARRARA

PROGRAMMA

PARTE SPECIALE

VOLUME V.

Prezzo L. 6

EUGENIO E FILIPPO CAMMELLI

EDITORI LIBRAI E COMMISSIONARI

IN FIRENZE, PIAZZA DELLA SIGNORIA

BOSSI (Avv. Angelo). Scritti Criminali, con i cenni biografici e le note del *Prof. Francesco Carrara*. Lucca, 1869. in 8.° it L. 5. —

BURRI (Avv. Angiolo). Dei diritti delle donne secondo il Codice civile del Regno d' Italia Firenze, 1870. in 8.° grande a due col. » 12. —

CARRARA (Prof. Francesco) Lezioni sul grado della forza fisica del delitto (Conato, Complicità), dettate nella R. Università di Pisa, e pubblicate per uso degli scolari. *Sesta edizione con aggiunte*. Lucca, 1870. in 8.° . . . . . » 5. —

— Di una nuova teorica intorno la consumazione del furto. (Prolusione al Corso Accademico di Diritto Criminale 1870-1871). Lucca, 1870. in 8.° . . . . . » 1. —

— Giuseppe Puccioni e il Giure penale. Cenni Biografici. in 8.° » 1. 50

CASANOVA (Prof. Ludovico). Lezioni di Diritto Costituzionale. *seconda edizione* riveduta e corretta dal *Senatore Commendatore Prof. Avv. Cesare Cabella* e *dall' Avv. G. B. Cironi*. Firenze, 1869. 2. Vol. in 8.° . . . . . » 8. —

— Diritto Internazionale *Seconda edizione* riveduta e corretta dal *Senatore Commendatore Prof. Avv. Cesare Cabella* e *dall' Avv. G. B. Cironi*. Firenze, 1870. 2. Vol. in 8.° . . . » 8. —

DEL LUNGO (Cav. Avv. Raff.). Dei reati di mera creazione politica, ossia esposizione della dottrina e della giurisprudenza relativa alle trasgressioni contemplate dalle leggi speciali del Regno d' Italia. Firenze, 1870. in 8.° . . . . . » 8. —

GEYER Sulla pena di morte. Discorso letto nell' Assemblea della Società Costituzionale a Innsbruck, recato in italiano dal *Dott. Leone Weinberg*. Pubblicato per cura del *Prof Avv Francesco Carrara* con introduzione e Note del medesimo. Lucca, 1869. in 8.° » 0. 80

NOCITO (Pietro Prof. Avv.) Del Senato costituito in alta Corte di Giustizia. Studio teorico-pratico col testo del Regolamento 7 Maggio 1870 sull' alta Corte di Giustizia e con la Relazione che lo precede. Bologna 1872, in 8.° 2. 50

PAOLI (Consigliere Baldassarre). Nozioni elementari di Diritto penale. Genova, 1871. in 8.° . . . . . » 3. —

— Studi di Giurisprudenza italiana comparata. Firenze 1873, in 8.° » 3. —

PEPERE (Prof. Francesco). Enciclopedia organica del Diritto. *Seconda edizione*. Napoli, 1870. in 8.° . . . . . » 15. —

— Storia del Diritto. *Primo periodo*. Diritto dell' Oriente. Napoli, 1871. in 16.° . . . . . » 4. —

PESSINA (Prof. Avv. Enrico). Elementi di Diritto penale. *Terza edizione* Napoli, 1871. 2. Vol. in 8.° . . . . . » 7. —

PIERANTONI Trattato di diritto Costituzionale. Napoli 1873. in 8.° Vol. 1.° . . . . . » 6. 50

PIGLI (Cav. Avv. Carlo già Presidente del Tribunale di Prima Istanza di Firenze). Cassazione o Terza Istanza. Considerazioni. Firenze, 1866. in 8.° . . . . . » 0. 60

PISANELLI (Avv. Giuseppe) Dell' Istituzione de' Giurati. *Seconda edizione*. Napoli, 1869. in 16.° . . . . . » 4. —

ROLIN (Avv. Alberico). La pena di morte. Stato della questione — Esame di alcune recenti pubblicazioni. Dissertazione tradotta e pubblicata dal *Prof. Avv. Francesco Carrara*. Lucca, 1871. in 8.° . . . . . » 1. —

CARRARA

PROGRAMMA

PARTE SPECIALE

VOL. V.

Digitized by Google

Digitized by Google

PROGRAMMA

DEL

CORSO DI DIRITTO CRIMINALE

DETTATO NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA

DAL PROFESSORE

FRANCESCO CARRARA

MEMBRO ONORARIO DELL' ACCADEMIA DI LEGISLAZIONE DI TOLOSA, E DELLA SOCIETA' DEGLI AMICI DELLA EDUCAZIONE DEL POPOLO DI BELLINZONA; SOCIO CORRISPONDENTE DELLA REALE DEL BELGIO E DEL REALE ISTITUTO LOMBARDO DI SCIENZE E LETTERE; SOCIO DELL' ATENEO DI BRESCIA E DELLE REALI ACCADEMIE DI LUCCA, DI MODENA, DI MACERATA, DI URBINO, E DEI PITAGORICI DI NAPOLI; MEMBRO DELLA COMMISSIONE INCARICATA DEL PROGETTO DI CODICE PENALE ITALIANO; PRESIDENTE DELLA CAMERA DEGLI AVVOCATI PRESSO LA R. CORTE DI APPELLO DI LUCCA

PARTE SPECIALE

OSSIA

ESPOSIZIONE DEI DELITTI IN SPECIE

CON AGGIUNTA DI NOTE

PER USO DELLA PRATICA FORENSE

TERZA EDIZIONE

VOL. V.

BIBLIOTECA NAZIONALE

LUCCA

TIPOGRAFIA GIUSTI

1873

L' Autore pone anche questa parte del suo *Programma* sotto la salvaguardia delle veglianti leggi sulla proprietà letteraria.

PARTE SPECIALE

SEZIONE SECONDA

DELITTI SOCIALI

PRENOZIONI

§. 2465.

Allo uscire dalla prima sezione dei delitti naturali per fare ingresso nella seconda dei delitti sociali un novello orizzonte schiudesi in faccia alle nostre lucubrazioni. Fin qui vedemmo sempre lo individuo alle prese con lo individuo, e sempre intento con depravata coscienza a privare il suo simile della vita od a manometterne la persona o la pudicizia o l'onore, o a lederlo nelle proprietà sue o nei suoi diritti di famiglia. Sempre avemmo a contemplare una scelleraggine più o meno maligna, ma pur sempre maligna, e in questa corsa dovemmo sovente far forza sull' animo nostro per condurlo a conclusioni più miti, ed evitare che il ribrezzo del senso morale non la vincesse in noi sulle considerazioni della giustizia politica.

§. 2466.

Più svariato è il campo che adesso andiamo a percorrere. Nei delitti sociali rimarrà identica la situazione morale in quei titoli nei quali torneremo a trovare nei fini dello agente la lotta dello individuo contro lo individuo; ma talora ci vedremo innanzi degli uomini che vogliamo e dobbiamo chiamare colpevoli, ma nei quali stenteremo sovente a trovare aggiustata la designazione di scellerati. Troveremo l' onestissimo e generoso cittadino che cospira contro una signoria dalla quale egli vede oppressa la patria sua, e che viola la legge nella coscienza di adempire ad un dovere cittadino. Troveremo un fanatico che per eccesso di zelo religioso rovescia gli altari di un culto che crede bugiardo, con la coscienza di servire alla verità ed al suo Dio. Troveremo lo amico che strappa dalle mani degli esecutori con violenza l' amico suo, perchè è convinto si eserciti ingiusta prepotenza a danno di lui. Troveremo l' amante che vedendo l' oggetto dell' amor suo in pericolo di condanna capitale depone il falso per salvarne la vita, nel pensiero di fare un bene a lui e male a nessuno. Troveremo un pugno di generosi che immolano le proprie vite per invadere il territorio straniero con la coscienza di essere eroi e di rivendicare i diritti della loro patria. Troveremo il fratello che compra con l' oro il voto del giudice di suo fratello perchè salvi questo dalla galera, e crede con ciò obbedire ad un sacro debito di natura. Troveremo un uomo sedotto da nobili sentimenti che a malincuore spinge il ferro mi-

cidiale contro la vita del suo simile, perchè crede che un sacro debito di onore gli comandi così. Incontreremo talvolta anche in questa serie di malefizi il pervertimento di passioni abominevoli, e la depravazione dell' animo; ma più spesso vedremo il movente nell' aberrazione di un affetto elevato e talvolta sublime nel suo principio; l'amore di gloria, la pietà, l' onore, la carità cittadina. In tutte codeste ed altre simili scene del dramma criminoso subiremo sovente in questa *Seconda Sezione* una lotta del tutto opposta alla *Prima*, perchè qui dovremo invece far forza a noi stessi a fine di essere severi ed evitare che il senso morale perturbi la coscienza di cittadino e soverchi la contemplazione dei bisogni politici.

§. 2467.

È perciò che nuovamente si mostrerà nella escursione su questo secondo ordine di delitti la convenienza di dar loro la denominazione di *reati sociali*. Questa formula ha la sua congrua ragione non solo perchè i diritti che con tali reati si attaccano non sono concepibili nella propria *genesi* tranne come conseguenza dello stato di consociazione civile; quanto perchè i diritti medesimi pertengono a tutti quanti i consociati: quanto perchè propriamente l' obiettivo di siffatti malefizi oltre ad essere la consociazione stessa nel rapporto della loro forza morale (danno mediato) lo che è nella essenza di ogni malefizio; lo è ancora nel rapporto della loro forza fisica (danno immediato) lo che nei delitti naturali assolutamente non è. E finalmente perchè anche la misura della loro quantità si desume più dalla considerazione

dell' uomo cittadino che dalla considerazione dell' uomo individuo.

§. 2168.

E questa osservazione torna a mostrare la verità di quanto esponemmo a §. 173 e seguenti; dove mostrammo essere inaccettabile il sistema di Rossi intorno alla misura della quantità dei delitti ed alla costruzione della essenza loro. Il Rossi introducendo nella essenza del reato il terzo elemento del male morale, che distinto secondo lui dal nostro danno mediato venne a rappresentare la violazione del puro *dovere morale*, e procedendo ad insegnare che la quantità dei reati doveva misurarsi secondo la maggiore o minoro importanza del *dovere morale* violato, lanciò il giure punitivo in un mare senza confini quando volgevasi alla contemplazione dei delitti politici o sociali. La proporzione relativa del *dovere morale* se può avere un criterio definibile fino ad un certo punto quando si calcolano i doveri morali nel rapporto dello individuo con lo individuo, non può più averne alcuno quando si confronta il dovere morale verso lo individuo col dovere morale verso la società. Laonde la scuola ascetico-moralista sotto la sua apparenza di santità nasconde un principio pericolosissimo. E difatti i De Broglie e i Guizot, e gli altri seguaci di Rossi che con lui si diedero a propagare la scuola ascetico-moralista vennero senza avvedersene, e per mera necessità di logica, a rimpiccolire la valuta di tutti i delitti sociali; ed a mettere in dubbio persino se alcuni di loro fossero realmente *delitti*, e

se veramente potesse dirsi che a loro s' infliggeva legittimamente la *pena;* o se piuttosto si adoperavano avverso loro delle cautele dettate dalla mera prudenza politica. Questa era una conseguenza inevitabile dello avere voluto introdurre la supremazia della morale pura nella dottrina del giure punitivo, la quale non può nè deve avere altra guida tranne la morale politica. Subisce sì, e deve subire anche il giure punitivo la signoria della legge morale, in quanto questa sia limite alle sue facoltà e non gli permetta di prescrivere cosa che alla morale repugni, ma ciò è ben diverso dalla autorità direttiva che verrebbe a darle il sistema di Rossi, e in generale la scuola *ascetico-moralista:* la quale è per questo lato non meno fallace della scuola *ascetico-dommatica.* Il magistero penale non mai correrà per la retta sua via, nè mai si conterrà entro i dovuti confini finchè non si abbia costantemente presente la radicale distinzione fra moralità naturale e moralità politica; e la conseguente separazione tra vizio, peccato, e delitto.

§. 2469.

Ma in questa lotta che i delitti sociali ci presentano impegnata fra l' autore di un fatto ed i diritti di tutti i consociati, non è necessario che lo aggressore del diritto sociale avesse *per ultimo fine* della propria azione quella aggressione sociale che risultò dal suo fatto. Basta che alla medesima siasi diretto il fatto; e che, o come conseguenza dei mezzi adoperati, o come conseguenza del fatto medesimo lo agente abbia preveduto la lesione del diritto sociale

perchè dicasi colpevole di *reato sociale;* quantunque egli in fine dei conti non volesse che procacciare un bene a sè stesso, o ledere il diritto particolare di un altro individuo mediante l' aggressione del diritto universale (1).

(1) Non è questo esattamente il criterio da cui trasse il Carmignani la divisione dei suoi delitti *politici* in delitti politici *diretti,* dicendo tali quei fatti che procedevano dal disegno di attaccare lo Stato, cioè il governo costituito, nei propri fondamenti; e delitti politici *indiretti,* dicendo tali quelli che senza aggredire la costituzione dello Stato venivano a ledere una delle suo istituzioni. La quale nomenclatura a molti non piacque perchè alla nozione del delitto *politico diretto* dà un ideale a cui non corrisponde la realtà delle cose; e perchè qui pure la *direzione* od *indirezione* diverrebbe *un quid facti,* mentre invece deve essere *un quid intentionis.*

§. 2470.

Nello studio di questo attacco di un diritto universale la scienza che lo contempla viene naturalmente a trovare la guida dell' analisi di cui abbisogna per formare la partizione della materia nella diversa indole di tali diritti. La quale indole mentre non è variabile nel punto di vista della loro *genesi,* che sempre risale alla legge di consociazione, si presenta variabilissima nel loro oggettivo, cioè nei vari beni, o benefizi sociali ai quali si riferisce il diritto attaccato per una o per altra azione criminosa. Di qui spontanea emerge quella suddivisione delle classi dei singoli malefizi che andiamo ad incontrare in questa seconda categoria.

§. 2471.

Il primo ed il più immediato fra i beni che alla umanità comparte lo stato di società civile si ravvisa nella costituzione della *pubblica giustizia*. Qui sta la suprema, ed anzi la unica assoluta ragione di essere della società civile, ossia dello impero (1); il bisogno cioè della tutela giuridica indispensabile al progresso umanitario, e che non può soddisfarsi senza la costituzione di un ordine estrinseco di giustizia che a tutti i cittadini sovrasta, e che mentre tutti raffrena, tutti protegge. Onde è una verità istintivamente sentita da ciascuno che la giustizia pubblica è costituita a benefizio di tutti, e che per conseguenza offende tutti chi offende quella. E così la prima classe dei delitti sociali si presenta spontanea nei reati contro la *pubblica giustizia*.

(1) Lo *impero* nella umana consociazione è di emanazione divina perchè la legge suprema dell' ordine imposta da Dio alla umana razza fino dalla sua origine esige che gli uomini vivano consociati ed in una consociazione che sia soggetta ad una autorità suprema. Questa è legge di natura impreteribile ed immutabile: e lo è perchè senza un governo che a tutti sovrasti (o con una o con altra forma, ciò è indifferente) non è possibile il mantenimento della legge morale giuridica, che è quanto dire impossibile che i diritti dati all' uomo da Dio siano efficacemente tutelati. In questo senso è una verità apodittica che la *sovranità emana da Dio:* ed è un contenuto di questa verità che il primo *dovere* della sovranità sia quello di provvedere ai buoni ordini di giustizia, poichè questa è la unica ragione cardinale ed assoluta del suo essere. Ma questa verità si falsò da coloro che scam-

Digitized by Google

hiandone i termini pretesero insegnare che i sovrani *regnossero per diritto divino*. No: non è vero che Cesare o Silla o Luigi abbiano ricevuto da Dio il potere che esercitano sui popoli soggetti. Bisogna distinguere fra *sovranità e sovrano*. La sovranità si vuole da Dio. Ma egli non ha dato legge che regoli una od altra forma di governo; non ha dato legge che la potestà di governare attribuisca ad uno od a più; o ad una casta piuttostochè ad un' altra; o ad un individuo piuttostochè ad un altro. Il sovrano regna per volontà della nazione; o la Provvidenza *permette* che la nazione voglia così, ma non impone che così voglia; nè si offende se mutato consiglio vuole dimani altrimenti da ciò che volle jeri. Il superbo ed assurdo concetto dei regnanti per diritto divino che fu tanto funesto in questi ultimi secoli non fu riconosciuto neppure dalla legge Mosaica, come ha dimostrato Frank nel profondo suo libro che ha per titolo *Philosophie et Religion, Paris* 1867, *chap.* 3. E fu rejetto *opertis verbis* dai più autorevoli padri della chiesa. Odasi ciò che scrisse Giovanni Grisostomo nella *Hometia* 23 commentando le parole di S. Paolo *omnis potestas a Deo* — ivi — *Quid dicis Poule? Omnis ne Princeps o Deo ordinatus est? Non hoc dico, inquit Poulus. Neque enim de* SINGULIS PRINCIPIBUS *mihi nunc sermo est: sed de* RE IPSA. *Nom quod Principotus sint, et quod alii imperent, olii subjecti sint, divinoe esse sapientioe dico.* La stessa verità proclamossi da Teodoreto, il quale commentando il *Capit.* 13 della *Epistola* di S. Paolo ai Romani, dice — ivi — *Sciendum est quod et imperare et imperio subesse a Divina Provvidentia procedere docet Apostolus. Non autem* UT HIC, VEL ILLE PRINCIPATUM TENEAT. *Neque enim impiorum hominum potestas a Dei electione procedit; sed ipsa Principotus dispensotio.* La stessa dottrina si insegnò da S. Tommaso, da Cornelio a Lapide, dal Suarez, dal Bellarmino, e fino agli ultimi secoli si ritenne come puramento ortodossa. Se pertanto la ragione di essere primaria e assoluta della società civile è nella costituzione

di una pubblica giustizia, bene dovevasi esordire la trattazione dei reati sociali dalla classe delle offese contro la pubblica giustizia, anzichè esordire dalla problematica ed elastica classe dei così detti delitti politici diretti.

§. 2472.

Poi viene a considerarsi che al libero e pieno esercizio dei diritti umanitarii non basta che in realtà il medesimo esista se inoltre non si ha la conoscenza di ciò, e non si rimuovono le cagioni che osteggiando o ponendo a pericolo un numero indeterminato di consociati recano grande agitazione nell' animo di tutti i cittadini: e di qui l' altra classe dei reati contro la *pubblica tranquillità.* Poi viene a considerarsi che dalla consociazione gli uomini dimandano ancora lo incremento e la conservazione di quei beni materiali che a tutti sono più o meno necessarii come mezzo di meglio godere il frutto delle individuali fatiche; e che a tal fine è indispensabile la sicurezza dei commerci e delle contrattazioni: ed ecco la creazione della *pubblica fede;* ed una terza classe di reati nei fatti che offendono la medesima. Come pure dalla consociazione si augurano i consociati la tutela della *pubblica morale* e della *pubblica salute:* nei quali oggetti è universale lo interesse di tutti e singoli gl' individui raccolti in un corpo sociale: ed ecco altre due classi distinte di questi malefizi. E viene pure a considerarsi che se l' ordine governativo è una primitiva necessità indispensabile alla tutela giuridica è pur necessario che quell' ordine abbia come mantenersi ed alimentarsi: dal che può sorgere una ulteriore

classe di reati sociali nei fatti che attaccano la *vita economica* della pubblica amministrazione e più specialmente la così detta regalia.

§. 2473.

Poi salendo a più alte sfere viene a considerarsi che l' uomo non vive di solo pane nè di sola vita materiale; ma che in mezzo ai mali ed alle vicissitudini della vita ha bisogno di attingere il coraggio per sostenersi da una aspirazione soprassensibile che lo spinga ai conforti delle speranze di una vita avvenire nella quale ei vada a ricongiungersi col suo creatore. Di qui la necessità di una religione e di un culto considerati non già come verità positiva dommatica da rispettarsi por virtù della fede, ma semplicemente (nella scienza nostra) come effato della ragione, e del senso morale, e come bisogno veramente sentito da tutti. Dal che ne consegue che anche la religione ed il culto offrono l' oggetto di un diritto reale ed effettivo pertinente ad ogni individuo, e comune per conseguenza alle masse che professano la medesima credenza religiosa: che anche questo diritto debba essere dalla autorità sociale tutelato: che tutti i fatti per i quali si osteggia la religione non solo come verità astratta, o come precetto, ma come estrinsecazione del diritto pertinente agli uomini di professare le proprie credenze religioso e mantenerne il rispetto esteriore ed il libero esercizio a fronte delle altrui dissidenze, presentino una vera ed effettiva lesione di un diritto universale che a tutti i consociati pertiene. E di qui una classe ulteriore di reati sociali,

e sono quelli che offendono il *culto religioso;* i quali non si guardano dal criminalista come offese alla divinità, ma come offese ad un numero indefinito di cittadini.

§. 2474.

Per ultimo giunti al vertice della società civile, poichè si è veduto quanti beni si procaccino, quanti mali si stornino, quanti diritti si proteggano dallo *impero* costituito nella umana consociazione; corollario indeclinabile di tali premesse sarà che alla conservazione e rispetto dell' ordine governativo abbiano interesse tutti quanti i consociati: per lo che questa suprema autorità dello Stato non si offre all'occhio del giurista penale come oggetto di un diritto pertinente a quell' uno o a quei pochi ai quali la Nazione affidò il compito di governare lo Stato; ma più veramente come oggetto di un diritto che a tutti ed a ciascuno dei consociati pertiene, e che pertiene in tal guisa alla intera Nazione contemplata come corpo collettivo. Laonde quei fatti che minacciano o turbano l'ordine governativo costituito ed accettato dalla Nazione, sia per violenza che provenga dallo interno, sia per violenza che dallo esterno facciasi derivare, sono delitti evidentemente sociali. E di qui la ultima classe con la quale (a Dio piacendo) chiuderemo il nostro trattato, quella cioè dei reati contro la *sicurezza dello Stato.* Questo basti per semplice accenno preliminare della materia: tale accenno riceverà larghezza maggiore e maggior luce nel processo della particolare esposizione.

Digitized by Google

§. 2475.

Ma anche questo rapido accenno valga a mostrare che non a caso nella esposizione dei particolari malefizi invertimmo l'ordine generalmente seguito dagli istitutisti; ed anzichè porre in prima fila i reati contro lo Stato ne riserbammo all'ultimo luogo la trattazione. Chi ravvisa nelle potestà dei reggitori di uno Stato un diritto autogenio (sia che lo tragga da un domma religioso, sia che lo tragga dal sogno di un contratto sociale) a base della criminosità dei singoli fatti viene a porre la volontà autocratica di chi governa una Nazione; ed adagiatosi su quel postulato cerca nella legge umana i criterii di ciascun malefizio: di guisa che la consolidazione dello Stato è la pietra angolare dello edifizio che egli viene costruendo. Chi per lo contrario cerca la base di ogni criminosità in una legge naturale giuridica che a tutta la umanità sovrasta e provvede, adagia lo edifizio suo sopra un domma che non può controvertersi da nessuno tranne da chi neghi un ordine provvidenziale sulla terra, e così la esistenza di una divinità creatrice. Il domma dei primi non è che un asserto repugnante alla ragione: o si dice che Dio diede a certi uomini prediletti ed ai discendenti loro la libera balia di comandare agli altri uomini; e si pone un asserto che distrugge la legge suprema di uguaglianza fra gli uomini: o si dice che i nepoti debbono rispettare le convenzioni degli avi; e si pone un asserto che attribuisce ai primi nati sui nascituri una potestà distruttiva del concetto supremo della libertà individuale. Il domma dei se-

condi è rivelato per un istinto universale al cuore di tutti: non può esservi persona ragionevole che non senta la coscienza di avere dei diritti: questa verità di semplice intuizione si dimostra dal filosofo concatenandola alla suprema legge morale che impone all'uomo dei *doveri* verso il suo simile, e per l'obbligo che a tutti impone di adempiere tali doveri genera la consequenziale esistenza del diritto in tutti ad esercitare liberamente la propria attività in obbedienza a quella legge suprema. Ma la esistenza del dovere e del diritto in ogni individuo è una verità sentita da chiunque mediti per poco sovra sè stesso. Si può venire a divergenze intorno ai confini del dovere e del diritto per la signoria che le passioni assumono troppo spesso sopra il senso morale: ma chi in genere pretenda impugnare la esistenza del dovere e del diritto fra gli uomini mentisce a sè stesso. L'ordine logico impone dunque che si contempli il diritto nel primo momento della sua genesi, vale a dire nello individuo; onde trovato nel diritto individuale la facoltà di tutelarlo come un suo necessario contenuto, e riconosciuta la impossibilità di siffatta tutela nello individuo isolato, concluderne come effato di quella stessa suprema legge naturale giuridica in primo luogo la consociazione, e poscia la costituzione di una autorità valevole ad esercitare quella tutela a benefizio dei consociati. Così viene a trovarsi al vertice dello edifizio quella somma di diritti che altri poneva alla base; voglio dire i diritti dello Stato, o della autorità sociale: i quali alla loro volta hanno pur essi la loro genesi nella legge del dovere. Nessun diritto esiste nè nello individuo nè nello Stato come

cosa generata da sè medesimo. Lo individuo ha dei diritti perchè ha dei doveri che non può obbedire senza di quelli. Lo Stato ha dei diritti perchè ha verso i consociati dei doveri che senza quei diritti non potrebbe adempire. Dal diritto dello individuo nasce la facoltà ed il bisogno della tutela; dalla facoltà e bisogno della tutela nasce la costituzione dello Stato: dalla costituzione dello Stato a siffatto fine nasce negli uomini ai quali viene consegnato il Governo della cosa pubblica il dovere di provvedere a quella tutela. Da questo dovere nascono in quegli uomini i diritti indispensabili per adempirlo. Negate il diritto nello individuo, e tutto l'edifizio rovina: procedete da quello, e vi trovate condotti senza bisogno d'imporre alle menti un assioma gratuito a riconoscere i diritti della sovranità: e i diritti della sovranità come i diritti dello individuo voi correndo su questa linea trovate essere una emanazione della suprema legge providenziale che costitui l'ordine giuridico nella umanità. In tal guisa si rende impossibile a chiunque di negare i diritti di questa perchè non potrebbe farlo senza negare il diritto in sè stesso; lo che implica contradizione assoluta. Ma nel tempo medesimo si rende impossibile ad ogni sovranità terrena lo affermare come a sè competente un diritto che avversi alla suprema legge giuridica, perchè ciò pure implicherebbe contradizione assoluta. Per siffatta via quando giungesi alla affermazione che la società ha diritto di difendere anche *sè stessa* mediante il magistero penale, se ne trova incriticabile il fondamento in questo concetto, che l'autorità sociale difendendo sè stessa

difende il diritto degl' individui il quale ha bisogno della esistenza di lei per essere tutelato (1).

(1) Quando si applica al giure punitivo la formula *difesa sociale* come ragione della sua legittimità non si avverte che si usa una formula la quale si presta a due concetti non solo difformi, ma propriamente contrari. Questo l' ho già notato altra volta, ma qui mi piace ripeterlo. Secondo l' uno di tali concetti si viene a guardare la società in un punto di vista *passivo*, rispetto alla difesa, e così corresi a dire che il giure penale è la difesa della società. Dal che ne avviene che a poco a poco si va configurando nello Stato l' essere ideale a cui si deve la protezione a costo ancora del sacrificio del diritto degl' individui, ed ecco aperta la strada alla statolatria. Nel concetto opposto la società viene a guardarsi sotto un punto di vista puramente *attivo*, e la formula difesa sociale rappresenta al pensiero non già la società che ha diritto di essere difesa ma la società che ha il dovere di difendere. Così per la elasticità del linguaggio nascono confusioni e tramutamenti radicali di dottrina, inavvertiti e latenti per guisa che rendono più difficile lo scuoprimento dell' errore. Voi (si obietta) accettate la formula della difesa sociale; dunque concordate che il giure penale è costituito per *difendere la società* non gl' individui. No (rispondo io) la formula *difesa sociale* non esprime che il giure punitivo abbia la ragione di essere nel bisogno di difendere la società: designa la società che deve difendere il diritto negl' individui, e che ha per conseguenza il monopolio necessario di cotesta difesa, dal quale attinge la potestà di difendere sè stessa. Se una corazza potesse personificarsi in un essere vivente potrebbe ella dire, voi parlate di difesa della corazza, dunque mi concedete che io corazza ho la mia ragione di essere nel bisogno di difender me stessa. Le offese agli ordini politici di uno Stato sono offese *sociali*, cioè offese ai diritti di tutti i consociati, unicamente perchè offendono

quell'antemurale che è costituito a protezione del diritto di tutti; e così offendono realmente i diritti di tutti con indebolire il loro presidio. È la guarnigione di una città la quale ivi è posta per difendere i cittadini e non già per difendere sè stessa anche a danno dei cittadini medesimi. Vedasi su questa interessante rettificazione il mio discorso intitolato — *Difesa sociale e tutela giuridica* pubblicato coi tipi Giusti nel 1872; e di nuovo coi tipi Bocca di Torino il 1873 nei miei *Lineamenti di pratica legislativa osservazione* 1. Vedasi ancora Berenger *de la justice criminelle en France pag.* 15, 20 *et* 22, ove dimostra che la giustizia non emana dal Re, ma dalla Nazione. La formula ogni giustizia emana dal Re fu il simbolo della definitiva vittoria che i reali di Francia ottennero sulle giurisdizioni baronali, vittoria preceduta da sanguinosissime lotte. E nel senso di esclusione della autorità baronale od ecclesiastica potè quella formula offrire un lato di verità: non altrettanto però nel confronto fra Re e Nazione; nel quale rapporto quella formula è falsa, poichè se al solo Principe può tuttavia essere riservata la nomina dei Magistrati, la giustizia sia che si guardi nel dettato legislativo, sia che si guardi nel suo mantenimento pratico, ha la sua prima genesi nei diritti degli individui consociati, rispetto ai quali la giustizia pubblica non è che un dovere, così nel Principe come nei Magistrati.

CLASSE PRIMA

DELITTI CONTRO LA PUBBLICA GIUSTIZIA

CAPITOLO I.

Idea e contenuto *della* classe.

§. 2476.

La parola *giustizia* può spendersi in tre differenti significati. In un primo senso tutto astratto, che si percepisce con la sola potenza dello intelletto come una mera idealità, esprime quella suprema legge di ordine che determina ciò che è giusto e ciò che non è giusto nei reciproci rapporti dell' uomo con l' uomo. In tal senso dicono alcuni la *giustizia* essere il fondamento del diritto di punire; e diciamo noi esserne il limite: in questo senso tutti i delitti sono *contro la giustizia*, e sarebbe un assurdo crearne una classe speciale perchè ciò indurrebbe il concetto che tutti gli altri reati non fossero contro giustizia: evidente iniquità. In un altro senso tutto *concreto*, che si percepisce coi sensi del corpo, la parola giustizia esprime l'applicazione di quell' ideale ad un fatto umano determinato, e lo svolgimento di un dettato di quella suprema legge estrinsecato in una dichiarazione od ingiunzione imposta a determinati individui, ossia in un precetto pratico. Così noi diciamo essersi da quel magistrato resa *giustizia;* e diciamo *giustiziato* il colpevole sottoposto a

morte per un delitto mediante decreto di magistrato. In un terzo senso che per un lato è *ideale* e per altro lato è *concreto*, col nome di giustizia esprimiamo quell'ordinamento col quale le leggi dello Stato creano una speciale istituzione alla quale addicono certi uomini affinchè con atti e forme determinati convertano in precetto pratico quella legge astratta, e rendano giustizia secondo giustizia quantunque volte il bisogno lo richiede. In questo senso noi diciamo esservi tra i funzionari governativi un ministro di *giustizia*, non già perchè egli sia la incarnazione della giustizia astratta (primo senso) poichè molte volte la disconosce e la manomette: non già perchè a lui spetti dedurre il precetto di giustizia astratta in un comando pratico (secondo senso) relativo a determinati fatti, perchè ciò sarebbe il colmo della tirannide: ma dicesi ministro della giustizia perchè è lo speciale gerarca di tutta la serie di cittadini nei quali si personifica la istituzione sociale della giustizia pubblica, e ne vigila i movimenti entro certi limiti della loro esteriorità (1). Al presente luogo la parola *giustizia pubblica* spendesi in questo terzo senso: e così la classe dei reati che diciamo contro la *pubblica giustizia* viene a contenere tutti quei fatti mediante i quali si aggredisca con un atto malvagio quella istituzione, o nei suoi cardini, o nei suoi movimenti, sia col negare di riconoscerne i primi, sia con l'opporsi ai secondi, sia con osteggiare il fine della istituzione medesima.

(1) Fra le idee di Siotto Pintor, che gli intelletti o corti o pregiudicati si dilettano a chiamare *eccentriche* per-

chè non si sentono forza per confutarle, ma che sono solide verità, evvi pur quella che in un reame costituito a forme di vera libertà civile il supremo gerarca dei sacerdoti della giustizia non dovrebbe essere un *ministro*, cioè un membro del *potere esecutivo*, ma un uomo appartenente alla Magistratura, e precisamente quello che nell' ordine della Magistratura è salito al supremo vertice. Questa idea si era percepita da noi poveri Lucchesi che nel nostro microscopico stato davamo il nome di *Ministro* al capo delle cose interne ed esterne e della finanza; mentre a quello della giustizia davamo il nome di Presidente della grazia e giustizia. Ma questa non fu colà che una questione di *nome* perchè anche quel *Presidente* sedeva poi nel consiglio dei Ministri, ed aveva voto anche sugli altri affari; ed era impossibile che fosse altrimenti in una monarchia assoluta. Ma la realizzazione completa del pensiero dello illustre pubblicista non può essere anche matura ai tempi che corrono. A quel pensiero peraltro non può mancare l' avvenire quando la libertà civile abbia compiuto il suo svolgimento, e gli animi si siano purgati dalle nebbie delle tradizioni dispotiche le quali raccolte nelle leggi del Basso Impero furono sventuratamente ridotte a teoremi dai Reali di Francia, ed ebbero uno influsso perniciosissimo su tutta Europa. Ed allora (allora soltanto) sarà una verità vera, e non più una iperbole la indipendenza della magistratura.

§. 2477.

Fu lo scambio di questi diversi sensi della parola *giustizia* quello che diede un falso significato ed una vita spesso esiziale ad un assioma troppo ciecamente accettato. La umana superbia è la prima cagione degli umani errori, e fu un tratto di superbia oltre modo eccessiva quello del primo uomo che proferì la parola *assioma* applicandola ad una conclusione

da lui trovata coi calcoli della propria ragione. Chi dice assioma dice verità indiscutibile; chi ad una proposizione da lui formulata pretende attribuire la virtù di assioma viene a dire io non posso errare, ho tutto veduto, tutto compreso in questo argomento; rinneghi ogni altro uomo la propria ragione e chini la fronte alla opera della mia, che è infallibile. In tale abuso caddero più specialmente i giuristi con i loro *broccardi* che furono altrettanti scogli gettati attraverso il cammino da percorrersi dai posteri nella ricerca delle verità giuridiche. Alla sola divinità spetta di rivelare una verità come domma, perchè la divinità è sapienza infallibile: l' uomo che è sempre fallibile non può arrogarsi altrettanto. Laonde proferì sentenza piena di senno chi disse gli assiomi nella scienza legale altro non essere il più delle volte che errori i quali avevano per virtù di prescrizione acquistato il diritto di passare per verità. Ma il pregiudizio che allo svolgimento delle scienze giuridiche recarono i broccardi forensi si rendette più grande quando i medesimi furono formulati con parole di doppio significato. Così per il corso di secoli si è ripetuto appo parecchie genti e tuttavia si ripete come indiscutibile assioma quel broccardo — *ogni giustizia emana dal Re.* Se per giustizia s' intende quell' ordinamento sociale costituito per servire alla somma giustizia, e pel quale si conferiscono a certi uomini più larghi poteri prescrivendo loro uno speciale rito nell' esercizio del proprio ministero, potrà dirsi che ogni giustizia emana dal Re, o sia Re lo individuo, o sia Re un Senato, o sia Re un Comizio, quando a quel Re, a quel Senato, o a quel Comizio appartiene la potestà

di costituire gli ordini di rito ai quali dovranno uniformarsi gli uomini chiamati a render ragione fra i cittadini, e di scegliere quelli individui ai quali vuolsi conferire balìa di rendere giustizia. Ma se in quel broccardo la parola *giustizia* si trasporta da uno in altro significato, e si viene ad intendere che dal Re o dal Senato o dal Comizio emana la *giustizia* come suprema legge giuridica, si divinizza l'uomo e si proferisce intollerabile errore, costituendo la suprema legge giuridica sotto la schiavitù di certi uomini che invece sono al pari degli altri soggetti alla signoria della medesima. Ed anche intesa la parola giustizia nel senso d'istituzione sociale se può ammettersi che questa emani dalla sovranità dello Stato in quanto le persone investite di tale sovranità eleggono i magistrati e ne circoscrivono i poteri ed i modi, non per questo se ne deve concludere che chi osteggia il movimento di quella giustizia leda un diritto particolarmente spettante agli individui che esercitano quella sovranità: perchè questi nelle operazioni loro non servono a sè medesimi, ma servono al diritto che hanno tutti i consociati onde per la opera loro venga costituito un ordine di giustizia nella città. Laonde la offesa ferisce il diritto universale dei consociati e non un diritto particolare degl'individui governanti; i quali dopo avere in adempimento di un dovere che loro incombe eletto i magistrati e costituito gli ordini, tornano in rispetto all'ordine costituito nella più perfetta parità con gli altri cittadini ed hanno l'obbligo di non avversarne i movimenti nè più nè meno come ogni altro privato. Se il broccardo *ogni giustizia emana dal Re* s'intende della suprema legge giuridica, si

viene all'assurdo che il Re possa dettar leggi a talento suo anche conculcando i più sacri precetti della suprema giustizia. Se il broccardo s'intende nel senso più limitato della istituzione concreta, si ricade in un novello errore non meno funesto quando se ne concluda che essendo nel sovrano dello Stato la potestà di regolare la istituzione nella sua vita esteriore esso non sia tenuto a rispettare la istituzione da lui regolata; non sia legato dalle leggi di competenza; non sia vincolato dalle reiudicate; ed in una parola che la istituzione una volta ordinata non sia sovrastante a quello medesimo che la regolò. Esso è suddito della istituzione non meno degli altri sudditi; perchè la istituzione non è l'obiettivo di un diritto a lui particolare ma l'obiettivo di un diritto universale appartenente a tutti e singoli i consociati, e non dato a loro da lui (1).

(1) In questo senso il trovato Francese della giurisdizione amministrativa staccata dalla giurisdizione *giudiciale* non è che una delle tante maschere del dispotismo quando se ne estende l'applicazione alle *questioni giuridiche*.

§. 2478.

Il primo passo che fecero gli uomini verso la costituzione di un' autorità sociale ebbe causa dal bisogno di giustizia concreta, vale a dire dal bisogno della difesa effettiva dei diritti in ogni individuo. Se il diritto negl'individui non avesse potuto essere aggredito e violato per la frode o per la forza di altri noi vivremmo tuttavia una vita patriarcale in uno stato di completa uguaglianza; e non avremmo

neppure concepito la idea di questa necessità che noi chiamiamo Governo. Le aggressioni esteriori e le invasioni di genti nemiche spinsero gli uomini a costituirsi un capo, e dargli in mano la spada e l'autorità di raccogliere attorno a sè i più gagliardi della tribù e condurli alla guerra. Ma quando essi dissero a quegli uomini, conduceteci e noi vi seguiteremo obbedienti, non dissero altro se non che *difendeteci*. Le aggressioni al diritto individuale moltiplicate nell'interno per l'arte o per la violenza di facinorosi spinsero alla loro volta gli uomini a darsi un capo, e porgli in mano la spada perchè reprimesse i disordini interni. Ma quando dissero a coloro, giudicateci e noi obbediremo ai vostri giudizi, altro non dissero una seconda volta se non che *difendeteci*. Ma così nella prima come nella seconda missione fu un *dovere* che s' impose a coloro che si destinavano a capitanare ed a giudicare. La imposizione e la respettiva assunzione di tale dovere recava seco per logica necessità il conferimento di diritti indispensabili al suo esercizio, ma il cardine di tuttociò era nei diritti degl'individui e nella suprema legge giuridica. L'oggetto pertanto dei reati che si dicono contro la *pubblica giustizia* è sempre il diritto individuale; se non che invece di contemplarlo nello individuo isolato ei si contempla nella moltitudine congregata.

§. 2479.

Nel cercare adunque le figure da richiamarsi alla presente classe bisogna bene appurare il concetto dell' *obiettivo* secondo il quale debbono essere determinate. Su ciò si avverta — 1.° Non contemplarsi

qui la *giustizia* in astratto come legge; perchè in questo senso tutti i reati sono *contro giustizia* — 2.° Non contemplarsi i singoli *individui* che in qualunque grado di gerarchia esercitano la giustizia; perchè in questo senso quasi tutti i reati cadrebbero eventualmente qui quando (a modo di esempio) una ingiuria, una lesione, un omicidio fossero commessi contro un magistrato nello esercizio o a causa dello esercizio di sue funzioni. Evvi anche in tali casi una onta alla giustizia e se ne tragge una *qualifica;* ma questa non costituisce l'*oggettivo* principale del reato che perciò rimane nella sua respettiva classe. All'ordine dei delitti contro la *pubblica giustizia* pertengono soltanto quelli che osteggiano la giustizia considerata come istituzione sociale nella sua vita e nei suoi movimenti, non per una conseguenza accessoria del fatto, ma perchè il fatto stesso contradice di sua natura all'opera ed ai fini di quella istituzione. Allo stesso modo nella classe dei reati contro la religione non si contengono tutti i peccati; e molto meno tutti i fatti coi quali si offende un individuo che esercita il sacerdozio, ma quelli soli che attaccano la religione in sè stessa osteggiando la sua estrinsecazione nella forma di culto. Errarono dunque coloro che credettero richiamare alla classe dei reati contro la giustizia ogni violenza ed ogni insulto commesso contro un magistrato od altro pubblico ufficiale ad occasione dell'ufficio suo. Con ciò confusero quello che a causa di una offesa sociale qualificava un delitto naturale senza portare mutamento di classe, con quello che faceva scomparire la offesa allo individuo assorbendola nella aggressione diretta contro la istituzione sociale.

§. 2480.

Così inteso l'obiettivo della presente classe è facile definire le specie che vi si contengono, seguitando le idee nitide ed elegantissime del Carmignani. La istituzione di una giustizia pubblica è il cardine di ogni autorità sociale: ed anzi noi teniamo come cardine della nostra fede politica doversi soltanto nel bisogno di quella istituzione ravvisare la unica ragione di essere dell'autorità sociale che possa dirsi assoluta, impreteribile, universale, e procedente dalla legge suprema dell'ordine imposta alla umanità prima di ogni effettuata consociazione. Tale istituzione deve rispondere al proprio fine che è quello di mantenere la sovranità del diritto nello Stato, procacciando che la legge astratta di giustizia trovi debita applicazione ad ogni fatto umano, col farne rispettare o il divieto o la ingiunzione o la tolleranza. Tutti i cittadini hanno interesse e diritto che tale istituzione vi sia. Tutti i cittadini hanno interesse e diritto che la istituzione medesima si costituisca, si conservi, e si volga coerentemente (per quanto è possibile) a quel fine supremo. Quindi è indispensabile riconoscere nei consociati quattro speciali bisogni (1), a ciascuno dei quali risponde un relativo diritto. E sono — 1.° che vi siano buoni magistrati — 2.° che questi esercitando gli uffici loro non ne facciano *abuso* a pravi fini — 3.° che i cittadini non facciano *impedimento* a quello esercizio — 4.° che i privati rispettino la *esclusività* di quei poteri nelle persone alle quali sono affidati; e non ne arroghino a sè medesimi lo esercizio.

(1) Carmignani, nella sua *introduzione alla filosofia del diritto*, mentre mantenne questa partizione radicalmente vera, sostituì alla parola *bisogni* la parola più esatta *necessità*.

§. 2481.

Da questi quattro bisogni nascono le quattro serie nelle quali si partono i reati spettanti alla classe presente. Al primo bisogno avversano quei malefizi pei quali diminuisce nella pubblica opinione la fede nelle persone costituite in autorità, a cagione del sospetto che non i soli degni vi siano stati chiamati, ma vi si siano intrusi per male arti li indegni. Questa serie si disse dal Carmignani delitti di *persone pubbliche* contro *persone pubbliche*: spettano alla medesima i titoli di *ambito* e di *frodi nelle elezioni* agl' impieghi pubblici.

§. 2482.

Al secondo bisogno avversano tutti quei fatti coi quali li individui investiti di un pubblico *ufficio* o di una pubblica *funzione* abusano di quella per servire a pravi fini e violare il diritto, mentre la medesima era conferita loro perchè servissero e sostenessero il diritto. A questa seconda serie, che Carmignani chiamò delitti di *persone pubbliche* contro *persone private*, appartengono l' *abuso di autorità*, la *corruzione*, la *concussione*, la *calunnia*, la *prevaricazione*, la *falsa testimonianza*, e qualche altro titolo analogo.

§. 2483.

Al terzo bisogno avversano tutti quei fatti dei singoli che direttamente impediscono le persone costituite in autorità dallo esercitare la medesima, o ne impacciano i movimenti, o si oppongono alla esecuzione dei loro decreti. A questa terza serie, che Carmignani denominò *delitti di persone private contro persone pubbliche*, appartengono la *resistenza*, la *esimizione*, la *inosservanza di pena*, il *favoreggiamento*.

§. 2484.

Finalmente al quarto bisogno avversano quei fatti dei singoli coi quali il privato non costretto a ciò da una imperiosa necessità si costituisce giudice del proprio diritto e si arroga l' autorità di rendere giustizia a sè stesso, vale a dire di estrinsecare in un concreto pratico e speciale quello che egli ritiene (o a torto o a ragione) essere un dettato di legge universale giuridica. A questa serie, che Carmignani disse *delitti contro la giustizia pubblica commessi da persona privata contro persona privata*, appartengono la *ragion fattasi* ed il *duello*.

Digitized by Google

CAPITOLO II.

Delitti di persone pubbliche *contro* persone pubbliche.

§. 2485.

Quando a questo luogo si usa la formula *persona pubblica* nella designazione del *soggetto* si allude allo individuo che esercita funzione pubblica; ma nella designazione dell'*oggetto* non si allude ugualmente allo individuo investito di autorità; bensì allo ideale della *persona* nel senso astratto e classico di questa parola. Intesa altrimenti quella formula, parrebbe si dovessero riferire alla serie presente tutti quei fatti nei quali i funzionarii pubblici vengano a lotta e collisione con funzionarii pubblici. Niente di ciò. La persona pubblica che qui si considera come aggredita dal delitto non è lo individuo installato nell'ufficio: è l'ufficio stesso; è il seggio vacante al quale vuolsi per interesse comune siano chiamati i migliori fra i cittadini: al qual fine facendo ostacolo ogni atto che dà occasione ai peggiori di assidersi là, o che porge ragione al popolo di sospettare vi si siano assisi i peggiori, ne nasce una offesa giuridica che ha il suo oggettivo, non nel supposto diritto che si potesse vantare da taluno ad occupare quel seggio, ma nel diritto che hanno tutti i cittadini onde a quel seggio si salga per modi leciti sicchè la onestà dei modi sia guarentigia della probità e capacità dello eletto. Questo concetto può condurre la presente serie a due spe-

ciali configurazioni di malefizi che sono — 1.° l' *ambito* — 2.° le *frodi nelle elezioni.*

TITOLO I.

Ambito.

§. 2486.

La parola *ambito* (derivata dal latino *ambire, circumire)* esprime il concetto generale di chi va attorno accattando voti e favori onde essere eletto ad un uffizio o *politico,* o *amministrativo* (1) o *giudiciario;* donde la comune parola *ambire, ambizioso, ambizione.* Tutti sono d' accordo su questa etimologia; come pure concordano nel dare il nome di *ambizioso* a colui che accatta l' ufficio, e di *proponente* a colui che lo elegge o contribuisce col suo voto alla elezione di lui. Non può dirsi altrettanto della parola *broglio* che nel comune linguaggio italiano ha rimpiazzato la parola *ambito;* onde lo ambizioso dicesi *brogliatore.* Dissertano gli eruditi sulla genesi di questa parola, e vanno per diverse vie. Giuliani *(Instituzioni, vol. 2, pag. 132, in nota)* crede decisa la lite nel senso che la parola *broglio* sia di origine veneta e derivata da *bruolo,* locale dove colà si facevano le elezioni. Noi useremo promiscuamente entrambo i vocaboli (2).

(1) Secondo Raevardo *(variorum lib.* 5, *cap.* 6) in Roma si chiamarono ambiziosi per ragione di questa etimologia non solo quelli che si davano moto per ottenere im-

pieghi ed onorificenze, ma quelli eziandio che assediavano i giudici per ottenere sentenze favorevoli.

(2) L' uso comune di parlare che la denominazione di ufficiali di giustizia riserba a quelli che fanno parte della vera e propria magistratura giudicante potrebbe far nascere il dubbio che in questa classe intitolata *reati contro la giustizia* si richiamassero soltanto i fatti che procedono dai veri giudici, o a quelli soltanto che i veri giudici, o i soli atti giudiciarii, o l' ordine strettamente giudiciario vengono ad offendere. Ciò non è: e dicasi una volta per sempre che la maggior parte dei reati che verremo a descrivere in questa classe si adattano ancora ai pubblici ufficiali appartenenti all' ordine amministrativo o politico, come a quelli attenenti all' ordine che nel comune linguaggio e nel più stretto e vero significato dicesi *giudiciario*. Questo dubbio ha condotto alcuni moderni a variare la intitolazione della presente classe, sostituendo alla formula reati contro la *pubblica giustizia* la formula reati contro la *pubblica amministrazione*. Noi non abbiamo creduta necessaria questa modificazione; perchè è indubitato che anche gli ufficiali dell' ordine politico ed amministrativo esercitano delle attribuzioni di giustizia. Con questo peraltro noi non intendiamo di disconoscere la separazione che deve intercedere fra i due poteri, lo *esecutivo* cioè ed il *giudiciario*, ed anzi siamo caldi sostenitori della indipendenza assoluta del potere giudiciario dal potere esecutivo; e teniamo per fermo che senza tale indipendenza e senza il rispetto rigoroso e costante della medesima non possa aversi da un popolo il godimento di vera libertà civile per quanto esso facciasi ricco dei prestigii di altre libertà inconcludenti. La giustizia, della quale disse Lambert c' *est la providence de l' homme*, è soltanto quella giustizia che si esercita da magistrati edotti nei sommi principii del giure, imparziali e sciolti da ogni subiezione alle velleità dei potenti. La legge fondamentale sul potere giudiciario pubblicata nello Impero Austro-Ungarico il 1868 all' art. 14 dispone — ivi — *La giustizia sarà in tutti i suoi gradi separata*

dall' amministrazione. E lo insigno Geyer (*de la législation de l' Autriche depuis la dernière transformation constitutionnelle; Revue de droit international ann.* 1, *livrais.* 3, *pag.* 393) loda questa disposizione, qualificandola le *boulevard de la liberté.* Anche per questo lato io ripeto che le istituzioni dell' antica Roma, delle quali tanti si fanatizzano ciecamente oggidì, per quanto larghe in libertà politiche erano monche ed inette nella protezione delle libertà civili e più specialmente lo erano nelle provincie soggette, appunto per il mescuglio delle autorità giudiciarie con le amministrative; il quale fu il germe di quei modi con i quali si assodò la tirannide degl' Imperatori dando potestà effrenate e sconfinate ai loro prefetti, ai loro presidi delle provincie, e ad altri ufficiali dell' ordine esecutivo. Si vedano Drackenborch *de praefectis urbis* (*in* Oelrichs *thes. vetus vol.* 2, *tom.* 2, *dissert.* 7); *et de officio praefectorum* (Oelrichs *thes. vetus vol.* 2, *tom.* 2, *dissert.* 8) — Mauregnault *de officio praesidis provinciae* (Oelrichs *thes. vetus vol.* 2, *tom.* 2, *dissert.* 9) — Nyeholt *De ordinariis et senatoriis Romanorum magistratibus* (Oelrichs *thes. vetus vol.* 2, *tom.* 2, *dissert.* 10) — Wastean *De jure et jurisdictione Municipiorum* (Oelrichs *thes. vetus vol.* 2, *tom.* 2, *dissert.* 11). Il vero progresso delle libertà civili si è svolto mercè la separazione dei poteri, e non toccherà il suo apogeo finchè questa separazione non sia completa. Ma per quanto siasi aderenti al principio della indipendenza assoluta dell' ordine giudiciario, di quello cioè che è chiamato a decidere le contese fra i privati per interessi patrimoniali, e le contese fra accusatore ed accusato per la cognizione e punizione dei delitti, bisogna però riconoscere che fuori della sfera giudiciaria rimangono attribuzioni e poteri inerenti all' ordine amministrativo, alle quali i giudici debbono essere estranei, perchè inseparabili dalla amministrazione, e subordinate a diverse regole: e che anche a queste si conviene sempre la denominazione di atti di giustizia perchè alla giustizia devono

essere conformi. Laonde nel descrivere i reati contro la pubblica giustizia si ha riguardo indistintamente alle persone ed agli ufficii di tutti i pubblici amministratori. Se non che coloro che a questi reati (indivisibili nella loro trattazione) hanno dato il nome di delitti contro la *pubblica amministrazione* hanno dato implicitamente una prevalenza allo esecutivo sul giudiciario; laddove noi mantenendo la denominazione di reati contro la *pubblica giustizia* manteniamo la prevalenza del giudiciario sullo esecutivo. Si sarebbero potuti combinare i due sistemi con la formula reati *contro la pubblica giustizia e contro la pubblica amministrazione;* facile modo, ma sempre vizioso, perchè esprime un'antitesi fra l' amministrazione e la giustizia quasi dichiarando questa prosciolta dai precetti di quella: lo che se talvolta avviene nel fatto non può davvero riconoscersi in diritto.

§. 2487.

Ma poichè in sè non è delitto desiderare un impiego, nè è delitto usare modi onesti per procacciarselo, così la criminosità del fatto non sta nel *desiderare* o nel *chiedere* l' ufficio ma nei modi inonesti adoperati per procacciarselo. Di qui la distinzione fra *ambito lecito* (1) e *ambito illecito:* secondo che onesti o no furono i mezzi scelti per cattivarsi il favore di chi aveva la facoltà di eleggere. I mezzi onesti costitutivi dell' ambito lecito, che non espongono nè a rimprovero morale nè a penale repressione, descritti elegantemente da Cicerone nel libro *de petitione consulatus*, sono — 1.° le *blandizie*, come la *nomenclatio*, la *osculatio*, la *manuum oblatio*, etc. — 2.° la *assiduità;* onde la *observatio;* della quale il Fabro *semestrium 1, pag. 132, 135:* dal che nacquero le divisioni dei fautori del can-

didato in *deductores, salutatores,* e *sectatores* — 3.° le *benignità;* consistenti nel dare spettacoli e cene *ad auram popularem captandam.* In generale può dirsi che la *disonestà* dell' ambito si costituisce da tutto ciò che rende venale il voto. Ma la *venalità* deve estrinsecarsi nel concetto di un lucro *individuale.* Laonde negli odierni costumi non solo si tollerano le officiosità che taluno adoperi al fine di cattivarsi i voti degli elettori secondo l' antica dottrina romana, ma ancora le promesse di lucri e vantaggi pecuniarii che a tal fine si vengano spargendo dai sicofanti moderni, i quali pur di essere eletti predicono al volgo di una provincia o strade o alleggerimenti di tasse, od altri benefizi che si augurano procacciare con la opera loro. Spetta al pubblico illuminato la cura di tenersi in guardia contro simili iattanze, ricordando quella sentenza di Dante che a *largo promettere* tien dietro lo *attender corto:* ma la giustizia penale non può spingervi le sue censure.

(1) Nessuna legislazione che io conosca elevò a delitto l' ambito consistente in soli ufficii, preghiere, e raccomandazioni. Vi furono però dei legislatori che proibirono anche tali arti: e fra questi ricorderò i Signori del Reame di Napoli che promulgarono colà la sanzione pragmatica del 5 maggio 1517 e quella del 17 maggio 1618. Sembra che quei Signori fossero tanto importunati e vessati dalla moltitudine dei supplicanti per impieghi, che ne fecero argomento di quelle leggi: nelle quali vennero a considerare che gli uomini di vero merito non avevano bisogno d' importunità per ottenere collocamenti, e coloro che più insistevano erano appunto quelli che meno avevano fiducia nei propri meriti. E coerentemente a siffatto pensiero decretarono inabilitarsi per un anno allo

impiego chiunque avesse fatto petizione per ottenerlo. Della ultima di tali pragmatiche ci piace riferire il testo — Ivi — *Ordiniamo e comandiamo che da oggi in avanti, niuna persona di qualsivoglia Stato, grado, e condizione si sia, presuma di domandare officio alcuno di giustizia, come sono giudicati, ed assessorati, governi di terre, e qualsivoglia altro officio, che tenga amministrazione di giustizia, etiam per interim, spettanti alla provvisione nostra, e dei nostri successori, usando in detta dimanda, e pretensione, d' intercessione, o favore alcuno, etiam per lettere di persone, di qualunque dignità, e grado si sieno; e servendosi di tali favori, e mezzi, ipso jure, senz' altra dichiarazione s' intenda essere inabilitato a potere ottenere l' officio, che con tanta ambizione ha procurato, nè altro di nostra provvisione.*

§. 2488.

I criminalisti generalmente distinsero due ambiti: l' ambito *temporale* pel quale si tenti salire ad uffici pubblici *laicali:* e l' ambito *ecclesiastico* (che è la *simonia* dei canonisti) pel quale mediante corruzione degli elettori tentisi conseguire benefizi, uffici, o dignità ecclesiastiche. Ma poichè in una nazione libera e bene ordinata la chiesa deve essere indipendente dallo Stato, come lo Stato dalla chiesa, così la simonia (1) deve restare fra i delitti canonici; conoscerne la giurisdizione ecclesiastica; applicarvi pene canoniche e provvedimenti a talento suo nei limiti dei suoi poteri: ma la giustizia civile non deve ingerirsene, tranne dove la statolatria spingasi al punto di considerare i sacerdoti come impiegati del Governo.

(1) Fermosino *tractatus criminalium tom.* 1, *pag.* 215 — Bannizza *delineatio juris criminalis secundum constitutionem Theresianam ac Carolinam, Oeniponti* 1771, §. 398.

§. 2489.

Fuvvi ancora chi volle descrivere un ambito *improprio* ravvisandolo nella venalità intervenuta in distribuzioni di ufficii ed impieghi pertinenti ad associazioni di natura affatto privata; come società anonime, confraternite laicali, e simili. Ma io penso che quando tali associazioni abbiano un carattere assolutamente privato i brogli che si commettano fra i consociati non possano costituire un delitto, perchè mancanti di ogni carattere politico. Certamente non può trovarsi in tali fatti l' obiettivo di un diritto universale: nè può riconoscersi in quelli la violazione dei diritti di qualche individuo per la quale si meriti il movimento della repressione penale. Potrà l' interessato nei congrui casi ricorrere alla giustizia civile per fare annullare la elezione. Ma se la maggioranza di quei consociati vuole un altro e non lui, tornerà male impedirlo quantunque siffatte volontà siano determinate da altrettante speculazioni individuali. Se la consociazione privata ha una veduta di guadagno è repugnante che si reprimano coloro che fecero occasione di proprio guadagno anche la nomina del direttore, o del segretario. E se la consociazione ha per fine un' opera di beneficenza vi sarà nella speculazione individuale una morale bruttura, ma non di tal grado da eccitare un danno mediato meritevole di repressione penale. Tostochè si pone per principio che il pub-

blico non abbia un diritto alla esistenza e mantenimento di quella consociazione, creata, costituita, e mantenuta per opera e volontà di privati, non può trovarsi nel pubblico un diritto a che se ne distribuiscano in uno od in altro modo gli ufficii. Diverso sarebbe il caso quando in quella consociazione intervenisse con vigilanza diretta il Governo.

§. 2490.

Da molti si è detto e da molti ripetuto che l'ambito nella sua genesi avesse un carattere puramente politico (1) in quanto il medesimo si contemplasse dai romani soltanto nelle elezioni ad ufficii governativi, od alte magistrature. Dal che ne conclusero che cessate le libertà politiche in uno Stato scomparisse affatto il delitto di ambito; perchè tutti gl'impieghi conferendosi dal principe non è ammissibile il concetto di una criminosità nella elezione. Ma ciò non è esattamente vero. Sicuramento il delitto di ambito assume la sua maggiore importanza nel rapporto delle elezioni politiche: di qui la comparsa di leggi apposite nei governi costituzionali, e la moltiplicazione di tali leggi nei repubblicani. La storia di Roma porge eloquentissimo esempio di questa verità; poichè il corrompersi dei costumi in quella grande repubblica accrebbe tanto il bisogno di nuovi provvedimenti e di nuove repressioni da rendere oggi quasi impossibile agli eruditi (2) la enumerazione delle leggi romane sull'ambito. Ma se è vero che dopo la legge Giulia *de ambitu* promulgata più probabilmente da Augusto, la tirannide definitivamente costituita da Tiberio avendo tolto al popolo

le nomine ai pubblici ufficii fosse cagione che più non si pensasse a dettare nuove leggi; ed anzi nel dispotismo orientale si spingesse tant'oltre il cinismo da concedere *(l. unica, C. de suffragio)* ai ministri del principe il diritto di chiedere giudicialmente le somme promesse per ottenere l'impiego; non è però vero che la legge Giulia cadesse totalmente in dissuetudine. Se ne mantenne la applicazione in tutti quei casi nei quali ciò si poteva senza invasione delle prerogative regie; e più specialmente nelle elezioni a certi minori impieghi che rimasero nelle facoltà dei municipii. Questo comprovasi dal frammento di Modestino alla *l. 1, de lege Julia de ambitu:* ove notò il Brunnemann, *haec lex durat in municipiis* (3). Ed anco nelle repubbliche italiane quando i liberi reggimenti furono sommersi nei principati, rimasero pure in vigore le antiche leggi sull' ambito per tutte quelle elezioni che il principe non aveva avocato a sè stesso. Così Puccioni *(Saggio, pag. 335)* ricorda che la legge toscana del 19 decembre 1776 contro i brogli continuò anche posteriormente ad avere la sua applicazione in tutti i casi di quelle elezioni ad ufficii che erano rimaste in potere dei cittadini.

(1) Qui si rivela una delle ragioni per le quali a noi piacque dare il nome di reati *sociali* a quella classe che il Carmignani chiamò dei reati *politici*. Non fu vaghezza di novità; fu preparazione alla *chiarezza* della esposizione e ad evitare quegli equivoci che tanto molestano lo espositore e lo studente. L' ultimo concetto è lo identico, perchè *polis* significa città, consociazione, società civile. Ma la parola *politica* ha un senso speciale avversativo della parola

amministrativa e della parola *giuridica*. Se ne vede un esempio in questo paragrafo. Con la vecchia nomenclatura avremmo dovuto dire a questo luogo che l'ambito è reato politico anco quando cade sopra elezioni *non politiche:* altrove avremmo dovuto dire che nella misura dei delitti *politici* non è sicura guida la sola *politica,* ma che deve tenersi l'occhio alla obiettività *giuridica*. Noi siamo alieni dallo innovare nella nomenclatura della scienza; e non lo facciamo se non quando (almeno per quanto pare agli occhi nostri) ciò è richiesto dai bisogni della chiarezza.

(2) Bibliografia — Rinkes *de ambitu, Lugduni Batavorum,* 1854 — Telting *de ambitu, Groninga,* 1854 — Roo *ad Legem Juliam de ambitu* — Caravita *institutionum criminalium lib.* 1, §. 1, *cap.* 71 — Engau *Elementa juris criminalis* §. 549 — Leyser *meditationes ad pandectas spec.* 622 — Crusio *de indiciis pars* 3, *cap.* 22 — Catellan *arrêts remarquables lib.* 1, *cap.* 31 — Poggi *Elementa jur. crim. lib.* 2, *cap.* 15, *pag.* 81 — Koch *Institutiones juris criminalis pag.* 640 — Puttmann *Elementa juris criminalis* §. 264 *et seqq.* — Mellio *Institutiones juris criminalis lusitani tit.* 5, §. 12 — Carmignani *Elementa* §. 812 *et seqq.* In ordine alla legislazione sull'ambito presso i greci vedasi Meursio *Themis attica lib.* 1, *cap.* 8.

(3) Quali fossero i principali ufficii che anche sotto gli Imperatori si continuarono a conferire dai Municipii lo ricorda il Pancirolo *variarum lectionum lib.* 2, *cap.* 135, *pag.* 311.

§. 2491.

Finqui tutto è chiaro in questa materia: ma grave titubanza s'incontra quando ci appressiamo a definire i criterii *essenziali* di questo malefizio e più specialmente il momento consumativo del medesimo: ricerca che è importantissima per la applica-

zione della teorica del tentativo (1), e di quella della complicità. Qui sono a considerarsi quattro distinti momenti di fatto — 1.° La proferta del dono che l'ambizioso faccia allo elettore per guadagnarne il voto. In quella si può asserire tranquillamente non esservi *consumazione* dell'ambito; ed esservi senza dubbio la figura del reato d'istigazione a delinquere. Ma vi saranno inoltre i caratteri del tentativo punibile? Io penso che no, perchè questo delitto non potendo consumarsi senza una partecipazione dello elettore, la proposta dello ambizioso non è un principio di esecuzione — 2.° L'altro momento è quello in cui lo elettore *accetta* la offerta e si stringe il contratto. Qui nasce il dubbio se il delitto sia *consumato* o semplicemente *tentato*. Se si dice che il delitto si consuma col *contratto* potrà parere ad alcuno che si abbiano due autori ugualmente principali del delitto. Se diremo che si consuma col *dare il voto* avremo l'autore principale nel proponente e non troveremo nello ambizioso che un mero *complice*. Se diciamo che il delitto si consuma col dare il voto non avremo nel contratto che un *tentativo*. Ed allora bisognerà distinguere secondo le varie ipotesi. O lo elettore accettò il dono con intendimento di *non dare il voto;* ed allora è impossibile trovar qui consumato e perfetto il reato ancorchè voglia trovarsi la consumazione nel contratto, per la evidente ragione che non vi fu contratto consumato e perfetto dove una delle parti non consenti seriamente. Si avrà nello ambizioso una istigazione criminosa, e nello elettore uno stellionato; ma difficilmente si obietterà il titolo di ambito nè tentato nè consumato. O invece lo elettore accettò il dono

con intenzione di votare in conformità ma poi pentitosi votò onestamente: ecco la difficoltà; se la consumazione dell' ambito sta nel *contratto* il delitto è consumato a carico di ambedue, e il pentimento dopo la consumazione non giova; se la consumazione sta nel dare il voto, l' ambizioso in questa ipotesi sarà punibile per il tentativo esaurito col contratto; ma lo elettore corrotto evaderà anche la pena del tentativo perchè rimasto tale per suo spontaneo pentimento; oppure vi sottostarà ancor egli quando il suo non dare il voto sia derivato da fortuito.

(1) In Francia sembra dubitarsi tuttora a causa dei termini di quelle leggi positive se quando le manovre elettorali non produssero l' effetto voluto si abbia un delitto consumato od un semplice tentativo: Morin *art.* 9393.

§. 2492.

3.° Il terzo momento da considerarsi è quello della votazione. Se si accetta la opinione che il delitto si consumi col votare, fino a questo istante non avremo che tentativo; e questa sarà la prima conseguenza: e avvenuta la votazione avremo l' autore principale del delitto nel solo elettore; e nello ambizioso non potremo trovare che un complice puramente morale: seconda conseguenza giuridica inevitabile. Ciò d' altronde porterebbe a negare che col mercanteggiare su cosa di tanta importanza si rechi alla pubblica giustizia una offesa già di per sè stessa perfetta; lo che non può accettarsi senza difficoltà. Valutata inoltre la considerazione che se si chieda a dire consumato l' ambito la prova che lo

elettore abbia realmente votato a favore di chi lo comprò, questa prova non si raggiungerà quasi mai a cagione del segreto del voto, ed il delitto resterà perpetuamente impunito: io accetto la dottrina che trova la consumazione di questo reato nel solo *contratto* niente curando cosa avvenne di poi. Ed in ciò mi conferma il riflettere che altrimenti non basterebbe provare essersi dallo elettore corrotto reso effettivamente il voto a favore del candidato corruttore; ma bisognerebbe provare di più che la *causa determinante* a dare quel voto fu il premio. Non essendo delitto il dar voto, nè il darlo a favore di uno o di un altro, tutta la criminosità sorgerebbe (nella suddetta ipotesi) dallo aver suffragato un ambizioso *per veduta di lucro*. Ora quando lo elettore, concordando la votazione ed il premio, deducesse di aver dato il voto a quello per sua spontanea opinione di prevalente capacità e niente mosso dal premio, sostenendo che anche senza questo avrebbe votato ugualmente, rimarrebbe difficile all'accusa assodare quella condizione intenzionale che sola sarebbe costitutiva della essenza criminosa. Dicasi dunque che il delitto di ambito si consuma col *contratto:* ma nonostante si dica che l'autore principale del reato è lo elettore corrotto, e il brogliatore non è un vero *coautore*, ma un complice: e questo per analogia di quanto osserverò fra poco (§. 2559) intorno al delitto di *corruzione*.

§. 2493.

4.° Finalmente un quarto momento di fatto in questo reato sta nella *consecuzione dell' ufficio*. Ma

qui sono tutti concordi nello insegnare che se questo effetto ottenuto può guardarsi come criterio di aumento nella quantità del malefizio, il medesimo è però indifferente alla consumazione del delitto. Riesca o no lo ambizioso a conseguire il suo desiderio, sempre gli si obietterà legittimamente un broglio consumato quando ricorrano le altre condizioni.

§. 2494.

Seguendo questa linea i criterii essenziali del broglio si riducono a tre — 1.° Il *premio* — 2.° La qualità di *candidato* — 3.° La qualità di *elettore* in chi accetta la offerta del premio.

§. 2495.

Primo Estremo — Il *premio*. Qui si ripetono le osservazioni tante volte illustrate intorno al *lucro* considerato come elemento, o come qualifica di un malefizio. Sia la mercede *data* o *promessa* anche senza posteriore adempimento, sia vistosa o meschina, sia data *direttamente* o per *interposte persone*, consista essa in *denaro* od in altra qualunque cosa *appetibile*, ed anche nel ricambio di un voto o di altro favore, tutto torna allo istesso: sempre vi fu lo intendimento di render venale il suffragio. Bisogna però che il cambio sia esplicito e la ricompensa non sia soltanto immaginata come una vaga speranza; e che sia data o promessa per quel *fine*. Chi getti via dei donativi per guadagnare simpatie, e chi profitti di tale prodigalità non offre i termini della convenzione criminosa che qui si prevede.

§. 2196.

Secondo Estremo — La qualità di *candidato.* Questa è la condiziono che aggiunge al donativo la criminosità del fine. Ma avvertasi che siffatta qualità basta che esista in colui a favore del quale si compra il suffragio, quantunque la compra non si faccia da lui medesimo personalmente, nè da un suo mandatario speciale. Può il candidato essere del tutto ignaro dei turpi mezzi che per spirito di partito si usano a suo favore: disapprovarli ancora se vuolsi. Ciò basterà a costituire la sua innocenza (1) ma non a far cessare il delitto quando i suoi fautori abbiano comprato voti per farlo eleggere. I motori del broglio ed i corruttori possono essere dunque persone anche inabili ad essere eletti; ma bisogna che il broglio si faccia a favore di un *candidato eligibile*, altrimenti non vi sarebbe neppur tentativo per difetto della possibilità. Tale è almeno la opiniono di molti: quantunque da altri non senza grave ragione si sostenga che anche la compra di voto o favore di persone non eligibili costituisca il broglio criminoso, poichè può servire a distrarre i suffragi da un altro concorrente. In questo senso potrebbe dirsi che anche colui che compri elettori per far rendere le schede *bianche* o con nomi fantastici, fa nascere il broglio. Infatti se si sono indotti novanta elettori su cento a dare schede bianche od inefficaci si è ottenuto che il candidato a pro del quale facevasi quel maneggio con soli dieci voti guadagni il partito. Per me vi è broglio punibile anche nel solo allontanare gli elettori dall' urna me-

diante pattuita mercede. Il candidato deve intervenire nel broglio come una figura determinante il fine dell' azione; ma non occorre che vi comparisca come figura principale e può essere ancora una incognita per lo elettore venale.

(1) L' autore principale in questo reato può essere anche persona che non sia nè elettore nè eligibile, quando dia opera alla compra dei voti a favore di altri; nè la ignoranza del turpe fatto in cui versi il candidato, modifica la imputabilità di quello. I Romani nelle molteplici leggi da loro dettate contro l' ambito contemplarono specialmente questi sensali, distinguendoli con nomi diversi; ebbero i *divisores*, gl' *interpretes*, ed i *sequestres*. Vedasi Rinkes *de ambitu cap.* 2, 18 *ad* 23.

§. 2497.

Terzo Estremo — Qualità di *elettore* in chi accetta il dono o la promessa. Se costui non era elettore e spaccierassi per tale, non commetterà che scroccheria, e chi compra il suo voto sarà immune da pena per la inidoneità del tentativo. Se uno non elettore, conosciuto per tale, prenda denaro per andar qua e là predicando per adunare proseliti a favore di un candidato, non vi saranno le condizioni del delitto.

§. 2498.

I criterii misuratori della quantità di questo reato sotto il punto di vista del danno immediato si desumono — 1.° dalla importanza maggiore o minore dello ufficio che si voleva conseguire — 2.° dal numero maggiore o minore dei voti comprati — 3.° dal-

lo effetto ottenuto o non ottenuto — 4.° dalle circostanze accidentali di disordini che ne sieno conseguiti.

§. 2499.

I criterii misuratori della sua quantità sotto il rapporto del danno mediato si desumono dai *modi* speciali adoperati, pei quali sia più facilmente a prevedersi la rinnovazione efficace del fatto, e se ne accresca il malo esempio. In questo senso anche la maggior entità dei premi offerti può considerarsi come aggravante della quantità del reato: e lo è senza dubbio la pubblicità del mercato. È questo uno di quei reati che grandemente crescono di proporzione politica per il cinismo della pubblicità (1). Non sono poi a valutarsi (2) come criterii di quantità del malefizio i meriti o demeriti maggiori o minori del candidato. Già non può esservi presunzione di merito in chi cerca elevarsi per simili modi; ma poi non è possibile un giudizio concreto di tali circostanze; nè il reato tragge la sua improbità dalle condizioni dello eletto ma dalla causa della elezione.

(1) Aggrava sotto questo punto di vista il delitto di ambito lo essersi costituita una *associazione* di fautori di un candidato. Questo modo meritò in Roma una legge speciale che fu la legge Licinia *de sodalitiis et de ambitu*, la quale secondo gli eruditi non contemplava le sole associazioni formate per estorcere i voti mediante *violenza*, ma anche le associazioni costituite per guadagnare voti mediante *denaro:* vedasi Telting *de ambitu cap.* 3, §. 8, *pag.* 107. Quando però tali associazioni facciano mostra di sè medesime in

pubblico, facilmente il reato degenererà nell'altro più grave di pubblica violenza, per la intimidazione esercitata sull'animo degli elettori. Ma in questo hanno grande influsso i diversi costumi dei popoli. In Inghilterra e specialmente nell'America si fanno sempre riunioni di fautori dell'uno o dell'altro candidato; si ragunano turbe che passeggiano le città con bandiere ed emettendo grida a favore di quello che respettivamente si protegge e contro quello che non si vuole; e niente se ne commuove la pubblica opinione, e nessuno pensa alla legge Licinia, e tutto ciò si guarda come uno svolgimento della libertà di elezione, di discussione, e di manifestazione spettante al popolo. Nei reggimenti liberi non può procedersi a riguardo di tali fatti col rigore con cui procedesi altrove: e colà i periodi delle elezioni si hanno come tempi eccezionali. Crederei peraltro si dovesse distinguere fra ciò che si fa *precedentemente* al giorno della votazione per guadagnare voti; e ciò che si faccia nel *momento stesso* della votazione per restringere la libertà degli elettori. Questo non avvi ordine libero che possa tollerarlo, perchè col pretesto della libertà comune si conculca la libertà individuale, e la forza si rende soverchiatrice della ragione.

(2) Roffredo *quaestiones sabatinae quaest.* 3, *n.* 6, *et seq.* La opinione diametralmente opposta si insegna da Banniza *delineatio juris criminalis* §. 396 *et* 397, e sembra che la Costituzione Criminale Teresiana all'art. 64, §. 4, e 5, letteralmente sanzionasse doversi nel misurare la pena, tenere a calcolo i meriti o i demeriti dell'ambizioso. Ma più specialmente quella Costituzione ordinò che si valutassero i danni cagionati nella sua amministrazione dall'ambizioso riuscito alla consecuzione dell'ufficio.

§. 2500.

Le penalità del delitto di ambito che furono talvolta severissime in certe repubbliche (1) sono oggi

ridotte a proporzioni più moderate: perdita di diritti politici e di onorificenze; pene pecuniarie; e carcere nei casi più gravi. La legge che regola attualmente in Italia questa materia trovasi negli art. 190 e segg. del codice penale Sardo promulgati nel 1868 per tutto il Regno; ed anche questi si attengono a quelle penalità.

(1) La primitiva penalità romana contro l'ambito non fu che *pecuniaria*, a cui si aggiunse la privazione degli onori (Dione Alicarn. *antiq. rom. lib.* 56); la quale si disputa se fosse in origine limitata ad un anno: Cujacio *notae in codicem lib.* 9, *tit.* 26 *in verbo* repetere. Poscia si venne all'esilio ed alla deportazione. Deve però notarsi che se le leggi romane provvidero soltanto alle elezioni venali fatte dal popolo, si trovano nei tempi successivi disposizioni statutarie che trasportano la nozione dell'ambito dalle elezioni popolari alle nomine governative. Così una prammatica di Carlo V del 1536 dispose intorno a certe nomine che si facevano dai pubblici ufficiali o da certi dignitarii che ne avevano il privilegio, che le medesime dovessero annullarsi quando erano conseguite mediante prezzo: si veda un frammento di questa prammatica nell'Alfeno Vario *pragmat. Regn. Neapolit. vol.* 3, *pag.* 3, *pragm.* 2. In Germania la pena dell'ambito fu arbitraria, e ordinariamente si limitò alla privazione del diritto di votare ed alla perdita dell'uffizio ottenuto dallo ambizioso: Meister *principia juris* §. 352. La Costituzione Teresiana vi aggiunse la pena pecuniaria e talvolta anche la afflittiva di corpo, e la inabilitazione a qualunque ufficio. *CC. Th. art.* 64, §. 3 — Bannizza §. 395. La legge toscana del 19 decembre 1776 puniva l'ambito con la pena di 200 scudi per chi vendeva il favore, e di 100 pel compratore e di 100 pei mezzani.

Titolo II.

Frodi nelle elezioni.

§. 2501.

Anche senza compra di voti può il popolo venire defraudato nel suo interesse di avere magistrati degni, e le speculazioni di un ambizioso possono ottenere immeritato trionfo, quando con la violenza o con l' arte siasi condotta la elezione ad un resultato irregolare. Qui non parleremo di modi violenti, i quali per la prevalenza dei mezzi conducono sempre a speciali e più gravi titoli di reato; ma dei modi frodolenti è necessario farne argomento di speciale considerazione.

§. 2502.

Infatti le *frodi nelle elezioni* non sempre estrinsecandosi in alterazioni di documenti, il titolo di falsità non supplisce al bisogno. Neppure può supplirvi il titolo di *abuso di autorità* perchè non sempre gli operatori di tali frodi saranno persone costituite in ufficio. Molto meno potrà sperarsi di reprimere il fatto col titolo comune di *frode*, o stellionato, perchè questo ha per suo obiettivo la proprietà privata. Nello *ambito* non sempre ricadono, perchè può esserne esclusa la venalità che è il carattere costitutivo dell' ambito. È dunque necessario che la legge contempli con veduta speciale le frodi nelle elezioni ai pubblici ufficii e ne costituisca un titolo particolare di reato.

§. 2503.

Commette frode criminosa nelle elezioni ad uffizi pubblici; *(a)* chi nel formare e nel copiare o nello stampare le note degli elettori dolosamente ometta alcuni nomi, o comunque agisca per guisa che alcuni nomi vengano indebitamente tralasciati: *(b)* chi nel distribuire agli elettori notificazioni od inviti adoperi arti affinchè ad alcuni di quelli non prevenga notizia del giorno della elezione; *(c)* chi con inganni o false notizie distolga gli elettori dallo accorrere alle urne; *(d)* chi essendo invitato a scrivere sovra una scheda il nome di un candidato altro diverso in quella vece vi scriva; *(e)* chi chiamato a leggere e proclamare i nomi segnati nelle schede scientemente legga e proclami nomi diversi da quelli che sonovi scritti; *(f)* chi dovendo registrare i nomi letti e proclamati scriva dolosamente nome diverso da quello dettatogli; *(g)* chi dovendo eseguire le somme dei voti ottenuti da ciascun candidato maliziosamente alteri il resultato numerico in danno o vantaggio di un candidato; *(h)* chi s'introduca ad esercitare l' ufficio di elettore mentre non è tale, abusando (1) di un biglietto d'invito appartenente ad altro individuo; od altre simili arti che la malizia umana è feconda ad inventare sebbene la mente del giurista nel suo scrittoio non giunga ad indovinarle. Laonde io ripeto il mio usato pensiero: essere cioè conveniente che la legge definisca i reati con formule esprimenti il concetto giuridico anzichè correre dietro ad esemplificazioni e descrizioni di materialità che riuscendo troppo

facilmente incomplete aprono l' adito alla impunità per tutte quelle delinquenze nelle quali sebbene ricorra identità di ragione non s' incontrano i termini esatti della materialità designata dalla legge.

(1) La Corte d' Angers il 20 settembre 1867 ha deciso che in questa ipotesi non basta a consumare il delitto che l' individuo non elettore abbia presentato al seggio l' invito altrui e quindi reso il voto, se non ha altresì *dichiarato di essere* la persona alla quale lo invito appartiene. Ma questo giudicato si censura giustamente da Morin (*art.* 8637) perchè la dichiarazione emerge dal fatto.

§. 2504.

Per commettere questo reato non è sempre necessario essere elettori. Come pure non è necessario il concorso o l' adesione del candidato che si volle favorire con la frode. Anche ignorante lui può aver luogo la delinquenza nella pienezza dei suoi estremi giuridici.

§. 2505.

Il momento consumativo del malefizio varia in queste frodi secondo il vario modo prescelto. Se la frode consisterà in alterazioni di note o disvio d'inviti si consumerà con l' affissione delle note e con lo esaurimento del corso degl' inviti: se consisterà in alterazione di nomi sulle schede si consumerà col getto nell' urna della scheda alterata. Se con mentite letture, si consumerà quando la lettura avrà prodotto la registrazione del nome contraria al vero.

Se con successive operazioni numeriche, si consumerà quando siasi dato come vero il risultamento fallace. Se con simulata qualità di elettore si consumerà con la reddizione del suffragio. Con identici criterii si distinguerà l' autore principale dal complice.

§. 2506.

I criterii misuratori della quantità criminosa in queste frodi sono identici a quelli che accennammo di sopra in proposito del *broglio proprio.* E la penalità delle medesime (alle quali può adattarsi il nome di *broglio improprio,* perchè vi manca lo elemento della venalità) vogliono essere proporzionate su quelle del vero ambito; ma tenute alquanto al di sotto: salvo le aggravanti, e salva sempre la respettiva degenerazione del titolo quando siano fatte con alterazione di documenti, o con modi violenti, o con abuso di autorità.

§. 2507.

Poichè nelle moderne leggi si sono fatti due titoli distinti di reato del *broglio proprio* (compra di voti) e del *broglio improprio* (frodi nelle elezioni, senza corruzione di elettori) può nascere un dubbio nel caso di *concorrenza.* Quando un ambizioso non pago di aver comprato un numero di suffragi, usi ancora altre frodi colpevoli per assicurarsi la vittoria sarà egli responsabile di *due delitti* oppure di *uno solo?* A me sembra non poterglisi apporre che un solo delitto, sì perchè uno solo è il suo fine colpevole, sebbene raggiunto con diversi mezzi tutti

convergenti; sì perchè una sola è la *obiettività giuridica* delle azioni criminose quantunque offesa con differenti modi. Anco una volta si scorge quanto sia giusta la nostra censura contro la formula che definisce la *continuazione* (§. 2274 nota 2) per la offesa *alla medesima legge*. Dunque se avviene che il codice penale preveda l' ambito, ossia il broglio proprio, ed una legge elettorale preveda le altre frodi, si dovrà dire che la delinquenza *non si unifica* per l' accidentalità della *diversa legge* quantunque il diritto aggredito sia lo identico! Allora ne avverrà che chi abbia comprato un solo elettore e poscia inviato un altro non elettore a gettare una scheda nell' urna dovrà subire *due pene* per l' accidentalità delle due leggi violate; mentre si darà una sola pena a chi abbia comprato il suffragio di cento elettori con cento contratti diversi, ciascuno dei quali esaurisce le condizioni di un ambito in sè perfetto e punibile. Non può esser mai buona una formula che conduce all' assurdo.

§. 2308.

Da quanto osservammo in questi due titoli non credasi che la venalità delle nomine ad uffici pubblici sia stata e sia sempre e dovunque un delitto. Nei vari tempi e nei vari luoghi la pratica di comprare a danaro certi uffici pubblici si è non solo tollerata, ma eziandio incoraggiata e sanzionata dalle leggi. Il De Luca, nel suo *theatrum veritatis et justitiae lib. 2*, ci lasciò un grosso trattato *de officiis venalibus*. Nella monarchia francese fu troppo celebre la *venalitè des charges* (1). In Toscana si

compravano a prezzo i camarlingati. Altrove, dove costumano le destinazioni anticipate ad impieghi, colui che ottenne dal principe nomina preventiva ad un ufficio da conseguirsi quando lo abbandoni il titolare che attualmente lo cuopre, si pratica che il successore dia una somma al titolare perchè più sollecitamente chieda il riposo onde anticipare il proprio godimento dell' ufficio. Ciò dipende da consuetudini locali e dalle particolari condizioni di certi impieghi i quali hanno più bisogno di guarentigie pecuniarie che di guarentigie morali. Ma anche per le più elevate e delicate funzioni, come sarebbero le deputazioni alle assemblee legislative, in alcuni paesi la pubblica opinione non si commuove per il mercato dei suffragi, nè si considera come fatto punibile. Ciò dipende dalla diversità dei costumi.

(1) Ricorda lo Strykio *(vol. 2, dissert. 12, de foro conscientiae cap. 6, n. 147)* che i re di Francia nel solo corso di venti anni incassarono per vendita di uffici la somma di centotrentanove milioni: analoghi fatti racconta il Bodino *de republica lib. 6, pag.* 1018. Anche in Francia però mentre gl' impieghi che si conferivano dal re erano esorbitantemente venali si aveva in odio la venalità degli impieghi che si conferivano ad elezione popolare, e si puniva in questi casi l' ambito sotto il nome di *brigue des charges.* Su questo argomento provvide la ordinanza di Blois all' art. 163, ed una ordinanza del gennaio 1629 art. 412, le quali minacciavano la destituzione a chiunque per briga si fosse procacciato ufficii municipali. In questo medesimo senso e con gli stessi effetti furono emessi dei regolamenti da diversi parlamenti francesi, fra i quali sono più notabili quello del parlamento di Tolosa del 15 decembre 1504 e quello di Aix del 13 settembre 1598. Anche sotto gl' imperatori di Oriente si sostiene

da molti che rimanessero punizioni avverso l'ambito anche negl'impieghi conferiti dal principe. Infatti la *l. unica C. de suffragio* s'interpetra diversamente dai giuristi. Comunemente la intendono relativa alle elezioni ad impieghi fatte dai ministri del principe; ed in questo senso fu allegata da noi a § 2499. Ma poichè ciò porterebbe a dire che sotto gl'imperatori di Oriente fossero del tutto abolite le leggi sull'ambito; e questo sembra contradetto dalla costituzione inserita nel codice Teodosiano alla *l.* 1, *de lege Julia de ambitu*, così i più culti vollero riferire la *l. unica C. de suffragio* ai doni promessi ai ministri del principe per tutte altre grazie, e non per collazione d'impieghi: Erodio *rerum judicatarum lib.* 9, *tit.* 6 — Schiltero *exercitatio* 49, §. 146. Coloro che la *l. unica de suffragio* applicano ancora alla collazione d'impieghi trovano una revoca della medesima nella novella di Giustiniano (novella 8) *ut judices sine suffragio fiant:* Gilken *in Codicem lib.* 4, *tit.* 3, *ad fin.* — Cujacio *comment. in cod. lib.* 4, *tit.* 3 *in Edit. Ven. Mut. vol.* 9, *col.* 197 — Perez *praelectiones in codicem lib.* 4, *tit.* 3, *n.* 4. Ma i due testi si conciliano con la distinzione fra il mercato d'impieghi ed il mercato di altro grazie e favori. E veramente questa interpetrazione si chiarisce dalla parte razionale di quella Novella, poichè lo Imperatore trova il motivo dei suoi divieti nel pericolo che i Magistrati avendo dovuto onerarsi di debiti per salire all'ufficio si trovino poscia costretti ad essere venali nello esercizio del medesimo. Lo equivoco nacque dalla parola *suffragio* la quale (come avverte Cujacio al citato luogo) ebbe più e diverse significazioni, e si applicò persino anche agli onorari degli avvocati, come avverte il Brunnemann *in codicem lib.* 4, *tit.* 3, *n.* 1. Di quella Novella Giustinianea disse peraltro argutamente il Koch (*institut.* §. 642) *multa rite a Justiniano decreta sed parum religiosa servata*. Sentenza che pur troppo potrebbe ripetersi di tutte le leggi destinate a frenare li abusi dei pubblici funzionari. E più specialmente le penalità minacciate contro le frodi elettorali alla relativa legge

Italiana sembra che dalla legge stessa si siano volute ridurre ad una vana parola non applicabile mai per le guarentigie che sonosi stabilite a favore dei frodatori mercè le forme imposte da quella legge. Di ciò feci argomento di uno speciale discorso che fu ripubblicato nella edizione Cammelli dei miei opuscoli al *vol.* 2, *op.* 21, sotto il titolo *un pensiero sulla legge elettorale.*

CAPITOLO III.

Delitti di persone pubbliche *contro* persone private.

§. 2509.

In questa seconda categoria raccolse Carmignani tutti i fatti nei quali interveniva per parte di persona rivestita di una qualsisia autorità pubblica l'abuso di siffatta sua posizione diretto al fine di avvantaggiare sè stessa, o soddisfare una sua passione con danno dei singoli. In generale poco vi vuole a comprendere che tutta questa architettura della pubblica autorità essendo ordinata per servigio dell'ultimo fine sociale, cioè la tutela giuridica, va a ritroso di cotesto fine ogni atto umano che si prevalga di tali ordinamenti come mezzo di violare il diritto. Evvi sempre in ciò una tradita fiducia: evvi l'anomalia paurosa che la forza costituita a difesa si rivolga ad offesa. Ma poichè questo ideale di pubblica autorità nello svolgimento dei fatti sociali si fraziona per guisa che ora un qualche individuo permanentemente s'investa di una parte di pubblica autorità aggiungendo a sè una personalità o rap-

presentanza più o meno duratura; ed ora altri individui privati si chiamino ad intervenire in atti di giustizia accidentalmente in ragione di fatti speciali; così il Carmignani (§. 816) dando ai primi individui il nome di *ufficiali* ed ai secondi il nome di *funzionarii*, stimò bene distinguere l' abuso di *pubblici uffici* dall' abuso di *pubbliche funzioni;* richiamando alla prima serie i fatti di tutti coloro che esercitano poteri di alta o bassa magistratura (1) e richiamando alla seconda serie i fatti di quei privati che senza avere un impiego permanente sono chiamati ad intervenire efficacemente in una operazione di giustizia, come gli avvocati ed i testimoni.

(1) La parola magistratura qui non indica quelli soltanto che il volgo conosce sotto il nome di giudici; ma tutti in genere i pubblici impiegati anche dell' ordine politico od amministrativo che pure hanno potestà di ordinare o di fare una qualche cosa, la quale sempre debba esser fatta e quanto alla sostanza e quanto alla forma secondo giustizia. La distinzione del Carmignani tra *ufficiale* e *funzionario* non dipende dal criterio dello stipendio, ma da quello della *permanenza* della veste per un qualche tempo anche breve. Un ufficiale anche provvisorio può non essere pagato; un funzionario può esser pagato; nè questo cambia la respettiva situazione.

§. 2510.

Questa divisione non tornerà forse esatta (1) in faccia alla più larga ed estesa nozione che le legislazioni moderne hanno creduto di dover dare alla persona del *pubblico ufficiale*, la quale sembra nell' odierno movimento legislativo essersi venuta dilatando di giorno in giorno. Malgrado ciò io segui-

terò la partizione del mio maestro trattando separatamente gli abusi degli *uffici* pubblici, e gli abusi delle pubbliche *funzioni.*

(1) Basti osservare che le moderne leggi hanno esteso il titolo di *corruzione* anche ai periti ed agli arbitri (Pellerin *commentaire pag.* 98) per convincersi che la distinzione del Carmignani fra abuso di *ufficio,* e abuso di *funzione* non può più essere di uso pratico.

Articolo I.

Abuso *di pubblici* uffici.

Titolo I.

Abuso di autorità.

§. 2511.

La formula abuso di autorità esprime ora un *genere* ed ora una *specie* particolare. Come genere si applica indistintamente a qualsisia fatto colpevole, a consumare il quale lo agente siasi valso della situazione che gli forniva l'ufficio da lui coperto. Come specie esprime più particolarmente quelli abusi che oltre ad essere mere trasgressioni disciplinari, o violazioni dei semplici doveri *morali* di ufficio, recano eziandio tale offesa al diritto da meritare una repressione penale e costituire per ciò veri e propri reati; ma nel tempo stesso non offrendo in loro una

particolare odiosità meritevole di un apposito *nome* rimangono sotto la generica appellazione. Il criterio di questa particolarizzazione fu desunto fino nei più antichi tempi dalla diversità della passione movente. Si distinse l'animo di *proprio lucro* dallo sfogo di *altra* qualunque *passione;* e ravvisando a buona ragione come più riprovevoli e più pericolosi li abusi di autorità che si commettessero per turpe veduta di guadagno (1) e come meno gravi li abusi commessi per causa di odio o favore, superbia, ferità di animo, od altro affetto diverso dalla avidità; nacquero nel primo caso i titoli di *corruzione* e di *concussione*, rimanendo tutti gli altri sotto la generica designazione di abuso di autorità innominato quando questa era il solo elemento che dava al fatto la essenza criminosa, come fra poco diremo.

(1) L'accettazione di doni per parte dei magistrati si tenne vituperevole anche nella più remota antichità. Ricorda Thonissen (*organisation judiciaire de l'Egypte: Revue historique vol.* 14, *pag.* 21) che gli egiziani per designare nei loro geroglifici un magistrato rappresentavano un busto senza braccia a mostrare che i giudici non dovevano avere mani, cioè non ricevere doni. Li abusi commessi per mero spirito di favore si dissero dai Romani *decreta ambitiosa:* Vedasi Racvardus *variorum lib.* 5, *cap.* 6. Si questionò se fosse abuso nel giudice il cedere alla *pietà,* e tale ricerca si trattò elegantemente commentando la *l.* 19, §. 1, *ff. de officio presidis* dal Pielnhuber, *de jure lacrymarum, Altorf* 1688.

§. 2512.

Il criterio pertanto che determina i limiti del presente titolo è in parte *positivo* e in parte *negativo.*

È *positivo* in quanto si richiede che siasi commesso un abuso di autorità grave abbastanza da meritare di essere represso come delitto, e non con soli provvedimenti disciplinari. È *negativo* in quanto richiedesi — 1.° che ciò non siasi fatto dal pubblico ufficiale col fine di procacciare a sè medesimo il godimento di un bene sensibile; e — 2.° che non si tratti di un vero e proprio delitto nella sua specie, ma la criminosità risulti unicamente dallo avere abusato dei poteri conferiti dal pubblico ufficio. Eliminate la venalità; e supponete l' abuso doloso di un pubblico potere in danno del diritto altrui senza che questa lesione del diritto costituisca per sè stessa un reato; ed avrete il concetto costante dello abuso di autorità innominato (1).

(1) Alla classe degli abusi di autorità appartengono ancora nel regime costituzionale tutti quegli atti dei ministri i quali senza esaurire per la dolosa lesione di qualche speciale diritto le condizioni di un reato di per sè stante, sono peraltro redarguibili per la loro *incostituzionalità*. Ma tali fatti sfuggono allo esame del penalista sì per la variabilità della loro definizione, sì per la eccezionalità della loro competenza. Spetta al diritto costituzionale tracciarne i caratteri come spetta non al codice penale ma allo statuto e successivi regolamenti il tracciarne gli effetti procedurali e penali. Siccome questa responsabilità ministeriale appo noi non è stata fin ora che una parola, così non possiamo neppure darne un cenno storico, che d' altronde sarebbe fuori del nostro argomento. Può vedersi intorno a ciò Poggetto *Trattato del diritto costituzionale part.* 5, *cap.* 3, *e segg.*

§. 2513.

Non è possibile dare di questo reato una circoscrizione meglio specializzata sotto il punto di vista della sua *materialità* o dei suoi *effetti*. Sotto questi due punti di vista il presente malefizio è indefinito ed indefinibile. Se ne possono dare delle esemplificazioni; *(a)* nell' arresto arbitrario di un cittadino ordinato dal giudice; Boehmero *decisiones, pars 3, tom. 3, resp. 828 et 829: (b)* nella esasperata detenzione eseguita da un carceriere; *(c)* nelle sevizie usate contro l' arrestato dagli agenti della pubblica forza; *(d)* nelle arti usate per indurre un innocente inquisito a dichiararsi colpevole (1); *(e)* nelle arti usate da un giudice inquirente al fine di condurre i testimoni da lui esaminati a deporre nel modo che a lui piace, sebbene difforme dalle opinioni e dalle intenzioni del testimone (2). E scientificamente parlando potrebbe dirsi con formula più generale che qualunque *suggesto* adoperato dai giudici nei loro interrogatorii costituisce un vero abuso di autorità: ma praticamente a riparo di siffatti abusi non può sperarsi di andare più in là dei provvedimenti procedurali. Dettarne una repressione sarebbe opera vana, perchè i giudici istruttori se ne esimerebbero sempre col presidio della *ignoranza* (3). Ma queste non sono che esemplificazioni, e non si può apporre un limite alle medesime. Deve per altro aversi presente che il fatto sia criminoso per il solo abuso della autorità; senza di che non più trovasi nella pratica il titolo speciale che qui esaminiamo. Infatti lo agente colpevole po-

tendo nelle varie contingenze dei casi usare della potestà pubblica a lui conferita per aggredire ogni e qualunque diritto, ne consegue che l'abuso di autorità si può combinare con tutti quanti i malefizi. Si combinerà con la perduellione e con la cospirazione nel Generale o nel Ministro traditore della patria; con la falsa moneta nello impiegato della zecca; col guasto di ferrovie nella guardia colpevole; con l'omicidio o con la lesione personale nello agente della pubblica forza che trascese alle violenze; col falso nell'attuario pubblico; con la violenza carnale, con la ingiuria, col lenocinio, col favoreggiamento, col furto; in una parola con tutti quanti i delitti così sociali come naturali. Laonde bisogna ripetere che sotto il rapporto della sua forza fisica tanto soggettiva quanto oggettiva lo *abuso di autorità* sarebbe un reato indefinibile, se ogni qualvolta concorre assorbisse in sè il titolo criminoso.

(1) I criminalisti in generale ci dicono che l'abuso può essere o nel *decreto* o nella *esecuzione* del decreto, ma anche questa distinzione non definisce gli elementi materiali del presente reato.

(2) Questo modo di abuso di autorità è più frequente che non si crede; ed è quasi impossibile che incontri la meritata punizione, sì perchè lo si scusa sempre col pretesto dello *zelo*, sì perchè la solidarietà della magistratura porta a non credere mai al testimone il quale venga a narrare di aver deposto in tale o tal altra guisa contro il vero e contro sua voglia per essere stato intimidito dal giudice, o perchè il giudice volle scrivere a modo proprio. Convengo ancor in che questi sono i più delle volte pretesti coi quali un testimone calunnia il magistrato inquirente per ritrattare senza pericolo proprio una deposizione che sa di avere

emesso falsamente e che gli pesa sulla coscienza. Ma pur troppo ho dovuto convincermi in questi ultimi tempi che siffatte pressioni dei giudici istruttori sui testimoni sono sventuratamente vere per quanto difficili a constatarsi. Le idee preconcette che dovrebbero sempre esulare dalla mente del giudice troppo spesso la signoreggiano: egli si fa una cornice alla quale vorrebbe si adattassero i lineamenti del quadro: egli si previene con la opinione che certi testimoni vengano su col disegno di occultare il vero per favorire una parte; egli spesso si trova innanzi due deposizioni in conflitto, e corre subito a creder falso il testimone che giova all' accusato anzichè quello che lo aggrava, mentre invece sarà falso questo o per errore o per odio segreto. Allora il giudice preoccupa il giudizio riservato alla magistratura decidente, e fisso in una credenza prematura anzichè raccogliere le deposizioni spontanee e genuine dei fidefacienti si fa a suggerire direttamente o indirettamente le deposizioni stesse in quella foggia che egli già si è fitto in capo dovere essere la vera mentre forse non lo è. In tale situazione egli usa arti ed intimidazioni che non converrebbero all' ufficio suo. Con ciò egli sarà spesso vittima di una coscienza erronea in quanto alla sostanza, ma commette però sempre un abuso di autorità in quanto alla forma, e senza accorgersene esercita una tortura morale che coarta la religione del testimone o debole od ignorante, il quale più non pensa a dire la verità ma a scansare il pericolo della prigione che a lui si minaccia. La odierna civiltà ha voluto apporre un riparo a siffatti pericoli col procedimento orale che teoricamente è una ottima garanzia; ma perchè questo riesca effettivamente tale anche in pratica bisogna che nel processo orale non si rinnuovino le idee preconcette e gli abusi che si tennero nel processo scritto. Altrimenti si corre di abisso in abisso. Qualunque coazione si eserciti sull' animo del testimone invitato a deporre distrugge sempre le guarentigie della verità che si cerca: e la opinione pubblica rimane spesso per cagione di tali modi esitante e perplessa sulla colpevolezza

di un condannato. Istruire vuol dire imparare ciò che non si sa: quando s' istruisce con la credenza fitta nell' animo di sapere si agisce in modo prepostero. Quando io era giudice supplente al Tribunale correzionale mi trovai per qualche anno con un Presidente il quale (diceva egli) *per risparmio di tempo* portava in tasca la sentenza già formata la sera innanzi sulla scritta procedura: quando però uno dei testimoni all' udienza variava qualche circostanza erano grandi in Camera di Consiglio le ire di quel Presidente perchè gli era forza stracciare la sentenza scritta e farne una nuova. Io contemplava spesso questa scena per me dolorosa, e riflettevа che quel giudice poneva un interesse proprio a che i testimoni niente variassero, non per nessun cattivo fine, ma soltanto per risparmiarsi il tedio di fare una sentenza all' improvviso in Camera di Consiglio. Ma il magistero penale non arriverà mai a frenare simili abusi dove non giunga a ciò la coscienza individuale del magistrato.

(3) Di questa dolorosa verità ho dovuto accertarmi, e toccare con mano che in Italia vi sono oggi dei giudici istruttori i quali non sanno propriamente cosa vuol dire *suggesto*. Uno di cotesti tali mirando a correggermi di alcune opinioni (secondo lui erronee) da me emesse intorno al suggesto, così mi scriveva in una sua lettera del 27 Marzo 1873.

Trascrivo letteralmente — *non sarebbe un suggesto la domanda che senz' altro si facesse:* se ha visto il tale a ferire, *poichè fatta colla inflessione* interrogativa *della voce. La suggestione sarebbe invece se il giudice desse alla domanda* il tono *affermativo,* d' onde si corra *pericolo che il teste risponda senza consapevolezza confermando* l' affermativa *del giudice* —. Tutto questo sembra un evangelio al min barbassoro, perchè (soggiunge egli) — *la suggestione consiste in una affermativa là dove dovevasi fare una interrogativa* —. Questa è proprio la peregrina teorica del mio nuovo maestro! Con uno *interrogativo* il più sconcio *suggesto* non è più *suggesto*. E pensare che costui quando sia ben

maturo salirà forse ad un seggio di Cassazione? Povera Italia, povera scienza!...

§. 2514.

Ciò potrebbe condurre a dubitare che dello abuso di autorità dovesse ripetersi quanto già dicemmo (§. 2318) della baratteria di capitano: vale a dire non essere un delitto principale di per sè stante, ma solo una circostanza aggravante di altro malefizio al quale acceda come qualifica desunta dalla condizione dello agente. Ma ciò non è qui esattamente vero, come vado a spiegare. E in primo luogo avverto che la parola *abuso* ha in sè stessa due significati diversi e grandemente distinti; l' uno dei quali può dirsi il senso *ontologico,* l' altro il senso *giuridico.* In senso ontologico si abusa di una cosa tutte le volte che si adopera ad un servigio *diverso* dalla *sua naturale destinazione.* In senso giuridico si abusa di una cosa anche quando si adoperi secondo la sua destinazione se ciò si faccia in un *modo* o per *fini illeciti.* Così l' uomo che si prevale della femmina come femmina non ne abusa nel senso ontologico, ma ne usa perchè l' adopera secondo la sua naturale destinazione: ne abusa però in senso giuridico quando se ne valga per violenza contro la volontà di lei. Per l' opposito il proprietario che si valga di un suo rasoio a tagliare dei legni sicchè lo guasti e lo incida, ne abusa in senso ontologico perchè tale non è la destinazione del rasoio, ma non ne abusa in senso giuridico, perchè non viola il diritto di alcuno; e appunto come nel solo *jus utendi fruendi* sta il carattere dello usufrutto, così nello *jus*

abutendi sta il carattere del dominio: e questa stessa formula *jus abutendi* sarebbe assurda per intrinseca contradizione se non si avvertisse alla differenza fra lo abuso ontologico e lo abuso giuridico; perchè in questo ultimo senso la parola *abuso* avendo per necessario contenuto la negazione del diritto non potrebbe congiungersi con la parola gius che contiene l' affermazione del diritto (1).

(1) La parola *abuso* si adoperò dai classici anche per esprimere *dissuetudine*. Ma tale significazione qui non ha luogo.

§. 2515.

Ora lo abuso di autorità va appunto soggetto a questa doppia significazione. Può dell' autorità abusarsi in senso ontologico quando si usi di un pubblico potere oltre i limiti che l' ufficio concede; e non ostante può non commettersi delitto, vale a dire non esservi abuso in senso giuridico per la non criminosità dei modi e del fine, e il fatto restare nei limiti tutto al più di una mera mancanza disciplinare. E per l' opposito può non esservi abuso in senso ontologico perchè l' autorità conceduta si eserciti entro i limiti della correlativa potenza; ed esservi ciò non ostante abuso di autorità in senso giuridico per la pravità dei modi ò del fine (1). Lo esempio della prima ipotesi lo abbiamo in un pubblico ufficiale che faccia un atto il quale propriamente non sarebbe delle sue competenze ma pur lo faccia in occasione di una urgenza a buono intendimento e a pubblico vantaggio: il giudice che trovatosi presente ad un flagrante delitto arresti il colpevole finchè sia

chiamata la forza, abusa ontologicamente della sua autorità perchè i suoi poteri sono quelli di ordinare gli arresti non di eseguirli: ma nessuno dirà che egli abbia commesso un abuso in senso giuridico, e nessuno vorrà punirlo per abuso di autorità. Lo esempio della seconda ipotesi lo troviamo nel giudice che ordini un arresto. Costui non abusa (2) in senso ontologico della sua autorità, perchè nei suoi poteri entra appunto quello di ordinare gli arresti; ma pure se questo egli faccia senza giusta causa e per esercitare una turpe vendetta commetterà abuso in senso giuridico, e sarà colpevole. Laonde è chiaro che l' abuso di autorità non sempre tragge la sua criminosità dalle condizioni materiali, ma spesso ancora dalle sole condizioni intenzionali: cosicchè un atto che potrebbe essere legittimo o almeno scusabile quando fosse eseguito per una ragionata opinione di legittimità diventa criminoso quando lo si faccia per odio o *favore*, che è quanto dire con la coscienza di non doverlo nè poterlo fare.

(1) La giustizia può essere lesa o nella *forma* o nella *sostanza*, come vedremo nel seguente titolo. Ma se nella *corruzione* può esservi delitto anche nel fare l' *atto* giusto quando fu renduto *venale* mentre doveva essere *gratuito*, nell' abuso di autorità innominato non può esistere delitto se il fatto non è ingiusto nella sostanza. La durezza dei modi usati in un arresto, la gioia feroce con la quale siasi pronunciato un decreto contro persona nemica, non possono denunciarsi al tribunale criminale, benchè segnali di animo spietato e riprovati dalla pubblica opinione, se l' arresto o il decreto erano intrinsecamente giusti e se quei modi non trascesero nella violazione di uno speciale diritto della persona.

(2) Questa distinzione diviene interessantissima quando si deve giudicare della colpevolezza dei partecipanti subalterni. Costoro avranno buona ragione di esimersi da ogni responsabilità per causa della obbedienza quando trattisi di un abuso in puro senso giuridico, perchè essi non debbono sindacare le cause ed i fini degli ordini superiori: ma non l'avranno altrettanto quando trattisi di un abuso dello ufficio anche in senso ontologico, perchè il superiore emettesse gli ordini suoi in cosa che non rientrasse nelle potestà conferitegli.

§. 2516.

Queste considerazioni mostrano che l'abuso di autorità non è come la baratteria una condizione la quale non possa mai vestire forma criminosa se non si congiunga con un'azione principale costituente per sè stessa un altro vero e proprio delitto, ma può talvolta estrinsecarsi in una violazione dell'ufficio che non incontri una oggettività giuridica valevole di per sè sola a costituire un titolo di reato. Certamente nella maggior parte dei casi l'abuso di autorità servirà di mezzo a consumare la violazione di un diritto che di per sè stesso valga a costituire l'oggettivo di un reato politicamente imputabile; ed allora lo abuso di autorità farà (come verrò mostrando fra poco) la figura di aggravante nel malefizio principale, perchè la criminosità del fatto non si desume esclusivamente dall'abuso dei poteri pubblici ma dalla lesione di un altro diritto principalmente aggredito. Vi sono però dei casi, quantunque più rari, nei quali il diritto violato mediante l'abuso non è tale che la sua lesione bastasse senza la concomitanza di quello a costituire un delitto; ed allora

bisognerà ben dire che lo abuso di autorità dà la essenza al malefizio e figura come delitto principale di per sè stante. Il carceriere che per odio contro un recluso lo tenga a più scarso cibo o peggiore, commette certamente un delitto; mentre qualunque altra persona che per proprio incarico debba preparare il cibo ad alcuno, se glielo prepara scarso e cattivo per una stizza o per vendetta di ricevuta offesa non potrà già tradursi in faccia al tribunale correzionale. Guai alle fantesche se ciò si potesse! Lo agente della pubblica forza che incaricato dello arresto di un debitore civile gli porga avviso acciò si salvi non può addebitarsi di *favoreggiamento*, perchè colui non era un *delinquente*. Non potendo dunque usare in modo da qualificare il delitto principale mercè lo abuso di autorità dove delitto principale non esiste, e non volendo lasciare impunito quel fatto, bisogna ben dire che qui si ha un abuso di autorità per favore, che costituisce titolo di reato *di per sè stante;* perchè qualunque altra persona con avvertire quel debitore, od agevolare la sua fuga, non avrebbe commesso reato. Il carceriere che carnalmente s' impacci con la detenuta innutta e pienamente consenziente non commette che una fornicazione, poichè (come già dissi al §. 1518) è un assurdo trovarvi (1) la *violenza presunta*. Non vi è dunque delitto principale a cui possa accedere come circostanza qualificatrice l'abuso dei poteri. E se vuole punirsi quel fatto non per ragione di offesa ad un diritto particolare (che tale offesa non vi è) ma per la ragione politica del pericolo che ciò faccia strada alla evasione della detenuta, bisogna ravvisarvi una mancanza in uffizio,

e trovarne lo elemento criminoso unicamente nella offesa al diritto universale. Si possono ripetere molti consimili esempi, i quali praticamente mostrano ciò che astrattamente si concepisce benissimo; vale a dire che il titolo di abuso di autorità può stare come delitto di per sè stante, e non è sempre l'accessorio di un altro malefizio.

(1) Lo assurdo di presumere la violenza a dispetto del più esplicito consenso della detenuta che era pienamente capace di consentire, è palpabile. Suppongasi la meretrice detenuta la quale adescò il carceriere; suppongasi la amasia del carceriere con la quale già aveva pratica pria che cadesse prigione; e poi dite se non è assurda la situazione del giudice che in faccia ad una femmina, la quale grida e ripete, io volli e voglio, si ostina a gridare, io presumo che tu non volessi. Si puniscano i fatti rei, ma non si definiscano contro la patente verità delle cose.

§. 2517.

Questa osservazione ci porta dunque a concludere che l' abuso di autorità può assumere due distinte forme giuridiche: ora può tutta la essenza della criminosità consistere nello abuso dei poteri; di guisa che se lo *identico fatto* si ponesse in essere da tutt' altro individuo non sarebbe niente affatto delitto. Ora la essenza della criminosità può consistere e dipendere da un fatto principale che sarebbe delitto in chiunque lo commettesse e che dalla qualità della persona riceve soltanto un carattere di maggiore odiosità. Questo non è delitto perchè sia commesso dal giudice, o dal pubblico ufficiale; lo sarebbe sempre anche commesso dal privato: quello è al con-

trario un atto che sarebbe politicamente innocente, ma assume la sua speciale criminosità e si converte in titolo di reato unicamente perchè l'atto in altri innocente diviene criminoso nel giudice e nel pubblico ufficiale. In quello pertanto è necessità ravvisare un delitto *di per sè stante*, un delitto tutto *sociale* che ha per unico oggettivo il diritto universale. Nell'altro invece non si ha un delitto *di per sè stante;* la essenza criminosa sorge dalla lesione di un altro diritto senza della quale non esisterebbe la criminosità del fatto: lo abuso dei poteri non è un ente giuridico che sussista isolato; è una qualità, una condizione che si aggiunge ad un ente giuridico il quale sarebbe completo in sè stesso anche senza lo abuso, mentre lo abuso dei poteri non diviene criminoso se non per cagione di questo. E così mentre in un caso il reato è puramente *sociale*, nell'altro caso può rimanere delitto naturale, e senza escire dalla sua classe (1) ricevere un' aggravante dalla qualità della persona e dall'ufficio pubblico del quale si è abusato. Siffatta distinzione è reale per quanto possa sembrare sottile (2).

(1) Così rimangono delitti *naturali* tutti i reati comuni commessi dai soldati nel tempo delle fazioni militari: sul che è da vedersi Crell *dissertatio de crimine in excubiis commisso fasc.* 12, *pag.* 1955. L' abuso di autorità può anche derivare unicamente dal *luogo* ove essa si esercita, perchè si eserciti là dove non si aveva giurisdizione. In questo senso si spiega la *leg.* 6, §. 1, *et leg.* 7. §. 1, *ff. de interdict. et releg.* dove Ulpiano nega al Preside delle provincie la facoltà di condannare alla deportazione in un' isola. Ciò destò maraviglia negli interpetri, sembrando contraddittorio che il Preside il quale poteva condannare a morte

non potesse poi condannare alla deportazione. E varie spiegazioni ne furono tentate dai dottori: Hotomann *lib.* 3, *observ.* 13 — Ant. Faber *jurisp. Papin. lib.* 2, *princ. n.* 4. Ma la più probabile sembra quella che si ragiona sul difetto di giurisdizione di luogo. Difetto che alla sua volta si guardò sotto diverse punto di vista; mentre Fulgosio *in l.* 1, *ff. de offic. praes.* disse che il Preside non poteva deportare perchè la deportazione operava la perdita della cittadinanza Romana la quale non poteva decretarsi da lui che sulla città non aveva giurisdizione: laddove Lycklama (*membranarum lib.* 4, *eglog.* 10) desunse ciò dal difetto nel Preside di giurisdizione sull' isola dove si sarebbe dovuta eseguire la deportazione, lo che non poteva farsi senza invadere il territorio soggetto ad altra autorità.

Se pertanto un pubblico ufficiale eseguisse un atto che per sua natura rientra nelle attribuzioni di lui, ma fuori dei confini dove è circoscritta la sua competenza, quell' atto quantunque in sè stesso non criminoso, potrebbe censurarsi come eccesso di potere o abuso di autorità innominato.

(2) Molti indicarono come esempio di abuso di autorità il fatto del carceriere che somministri al detenuto i mezzi per suicidarsi, argomentando dalla *l.* 6, *Cod. Theod. de occusatoribus*, e dalla *l.* 8 *ff. de custodia et exibitione reorum.* Ma poichè lo ajuto prestato al suicida è un delitto di per sè stante, così neppur questo è caso che porga esempio di un abuso di autorità come reato principale. Bensì a questo titolo bisogna ricorrere nei casi di atti negativi che la legge dichiari delitti nel pubblico ufficiale, poichè la parola *abuso* (come sopra notai) potendo classicamente adattarsi anche al *non uso* si abusa dell' autorità anche col *negare di usarne*, quando ciò era dovere. I codici moderni hanno di questa forma fatto il titolo speciale di *rifiuto* di un *servigio legalmente richiesto*; titolo previsto dal codice Toscano all' articolo 192, dal codice Sardo all' art. 305 e segg. dal codice Francese all' art. 234; sul quale ultimo è da vedersi Blan-

che *Etudes sur le code pénal, quatrième étude, pag.* 202, e Morin *art.* 8975, *n.* 5.

§. 2518.

Tale distinzione ci apre la via alla soluzione di tre ricerche importantissime: le quali noi dobbiamo affrontare a questo luogo ed affrontarle anche con la veduta generale della loro possibile applicabilità ad altri reati sociali, nei quali facciasi una parte alla qualità della persona o della cosa. La prima di queste ricerche è relativa alla *classe* del reato ed alla *pena*. La seconda richiama alla teorica della *complicità*. La terza richiama alla teorica del *conato*.

§. 2519.

Prima ricerca — Ho detto che in tutti quei casi nei quali l' abuso di autorità darà esso solo la essenza al malefizio perchè la offesa agli altri diritti non avrebbe meritato isolatamente una repressione penale, bisognerà ben dire che lo abuso di autorità costituisce un titolo di per sè stante, e un delitto principale; lo che mai può avvenire nella barratteria. Ma quando lo abuso di autorità sia stato mezzo a tale offesa del diritto che già per sè stessa costituisca un reato; ed un reato più gravemente punito dalle veglianti legislazioni che non lo sia lo abuso di ufficio, questo non costituendo delitto per sè stante si convertirà in una circostanza aggravante (1). Non osta ciò alla generica applicazione della dottrina della prevalenza, la quale non trova termini in faccia ad una circostanza che *isolata* non costituirebbe delitto.

(1) In molti codici contemporanei leggesi come disposizione generale stabilito uno aggravamento della pena a carico dei pubblici ufficiali per qualunque delitto siasi da loro commesso. Tale aumento è gravissimo nel codice Francese all' art. 198 che lo spinge fino al passaggio dai lavori pubblici a tempo ai lavori pubblici a vita. Quella disposizione però non colpisce nè tutti i *pubblici ufficiali* nè tutti i *reati*, ma soltanto i pubblici ufficiali che abbiano partecipato ai reati che essi *avevano la incarico di sarvegliare* o *di reprimere;* tranne questa condizione non prescrive aggravamento, e rimane la pena ordinaria. Laonde la Corte di Cassazione il 22 febbrajo 1840 decise che una guardia campestre giurata non incontrava aumento di pena per un delitto commesso fuori del Circondario assegnato alla sua vigilanza. La locuzione infelice di questo articolo fece nascere il dubbio se lo aggravamento s' incorresse soltanto dagli ufficiali che avessero *partecipato* a un delitto commesso *da altri*, od ancora da quelli che avessero *a sola* commesso essi medesimi qualche delitto. Parecchi giuristi Francesi fondandosi sulla lettera dell' art. 198 sostennero che il rigore del medesimo non colpiva i reati commessi *isolatamente* da un pubblico ufficiale, ma solo la *partecipazione* di questo ad un delitto commesso *da altri* e che da lui dovevasi vigilare e reprimere. Bianche *(Troisième étude, n.* 484) assume la confutazione di tale sistema, che a vero dire non troverebbe fondamento di ragione ma che pure è strettamente conforme alla lettera della legge. Non avvi forse un articolo in tutto il codice penale Francese che non abbia fornito occasione di dispute e divergenze gravissime agl' interpetri, ed anco fluttuanze o contradizioni nella giurisprudenza: eppure si persiste da taluno fra noi a proporre quel codice come esemplare e modello di tutti i codici penali da farsi! Si disputò ancora colà se per applicare l' art. 198 occorresse che il pubblico ufficiale avesse ancora agito nello esercizio attuale delle sue funzioni; e prevalse la negativa.

§. 2520.

Si abbia presente la regola da noi prestabilita alla materia della *qualità* dei delitti (*programma* §. *169* — Carmignani *elementa* §. *167; e Teoria delle leggi della sicurezza sociale lib. 2, cap. 6*) cioè che quando la lesione di un diritto ulteriore incidente in una azione criminosa non costituisce reato *di per sè stante,* questo adietto non può mai mutare la classe del malefizio, e soltanto può qualificarlo. Si ricordi che per l'applicazione di questa regola il parricidio rimane fra gli omicidii, il furto sacrilego tra i furti, il danno dato alle proprietà pubbliche fra i danni dati, la sottrazione di pubblico denaro commessa dal privato in faccia al quale non sorge la pubblica fede, rimane fra i furti. È continua ed in cento forme ripetuta l'applicazione di quella regola che si fonda sopra un principio ontologico indiscutibile. È repugnante che quando una circostanza non offre in sè stessa delitto sposti la classe del delitto a cui accede, perchè la medesima non essendo delitto non ha classe. Perciò non tutte le lesioni di un diritto sociale rendono sociale il crimine nel quale intervengono, ma quelle sole nelle quali si configura un delitto. Così nella perduellione, se interviene omicidio, questo sarà circostanza aggravante di quella, e si avrà sempre un reato sociale a cui accederà il delitto naturale. Ma se l'omicidio è commesso con abuso di autorità, non si muta classe, perchè quello abuso non configura in sè stesso un reato, ma si contempla soltanto per-

chè accede all' altro delitto. E questo basti a regolare la *classe* (1).

(1) Questa classe di malefizi offre una specialità singolarissima in proposito della libertà di persecuzione in faccia ai tribunali. I governi dispotici al quali fu sempre maestra la Francia inventarono la speciosa formula guarentigie amministrative. Con questa si costituì un privilegio a favore dei pubblici ufficiali, ordinando che i medesimi non potessero essere perseguitati criminalmente a cagione degli atti eseguiti nello ufficio loro; e non potessero essere neppure perseguitati civilmente dai privati con dimande di indennità per le mancanze che si credessero commesse da loro nello uffizio. Tali azioni fu interdetto si esercitassero senza l' autorizzazione del governo, e in Francia senza l' autorizzazione del consiglio di stato. Questa condizione eccezionale ha durato in Francia fino al 19 settembre 1870, giorno nel quale il governo della difesa nazionale emanò un decreto che abrogava siffatto privilegio, stimando sufficientemente guarentiti i funzionarii amministrativi mercè le indennità da infliggersi dai tribunali contro i privati qualora le accuse o le dimande fossero giudicate temerarie. Questa abolizione ha dato occasione allo illustre M'o l i n i e r di pubblicare una dotta monografia (Tolosa 1871) nella quale commentando quel decreto mostra come la negazione di tal privilegio fosse già assai prima prevalsa non solo in America e Inghilterra, ma anche nel Belgio, Prussia e Spagna. Anche quella idea era stata una delle tante emanazioni dell' altra formula prestigiosa che bisogna *rafforzare il principio* di autorità. L' autorità non si fa più gagliarda col favore verso gli abusi dei funzionarii, ma col mantenere tutti gli organi del governo nelle vie di giustizia.

§. 2521.

Ma in quanto alla *pena* è da avvertirsi che se astrattamente guardati i fatti al fine di classarli si

è detto che dove concorre un delitto sociale, questo trascina il fatto nella propria classe, siffatta regola applicativa serve alla dottrina teorica per determinare la classazione. Ma la regola della prevalenza deve avere un principio di verità assoluto e costante in ogni caso pratico: perchè è assurdo sempre che un reato il quale sarebbe punito di dieci se fosse isolato, si trovi ad assere punito di cinque perchè insieme con quello fu commesso un altro reato che era punibile soltanto di cinque. I criterii di una prevalenza astratta esercitano il loro influsso sulla classazione speculativa, perchè la teoria non può mai prendere a sua guida il criterio della pena specialmente inflitta ad uno od altro reato, la quale è un conseguente che variamente si determina dai respettivi legislatori secondo il vario loro modo di vedere e le condizioni dei popoli amministrati: essi possono nei convenienti termini esercitare uno influsso sulla dottrina dell'*azione penale*, sulla dottrina della *prescrizione*, e sulla dottrina dell'*amnistia* (1); ma non sempre lo esercitano ugualmente sulla concreta applicazione della penalità per parte del giudice ai singoli casi.

(1) A chiarire questa formula si diano gli esempi: — 1.° Influsso sulla *azione penale* si ha quando in un delitto perseguitabile soltanto ad *azione privata* interviene qualche altro reato perseguitabile ad *azione pubblica*. È un ratto (§. 1999, nota 1) o un adulterio non perseguitabili (§. 1914) senza la querela dei genitori o del marito. Non può darsi balìa al pubblico ministero di promuovere l'accusa col pretesto di perseguitare una intimidazione, usata contro la guardiana della ragazza, sotto il titolo di violenza privata (e così

fu giudicato dalla Suprema Corte di Cassazione di Firenze il 7 settembre 1861) nè col pretesto di perseguitare l'aiuto dato alla moglie da una fantesca sotto il titolo di lenocinio, quantunque il lenocinio o la violenza privata incontrino per avventura nella legge costituita una penalità più grave di quella minacciata al ratto od all'adulterio; onde non si violi il principio di ordine pubblico che per rispetto alla pace delle famiglie impedì la cognizione di questi delitti senza la doglianza dell'offeso — 2.° La *amnistia:* esemplifico questa regola nel caso celebre del ricorso *Montagni* uccisore del *Maggior Frisiani* in Livorno. Il Granduca restaurato promulgò nel 1849 la amnistia per tutti i reati politici allora commessi: la uccisione di quel Maggiore avvenuta per sospetto di spionaggio in un tumulto popolare si dichiarò dalla Suprema Corte di Cassazione compresa nell'amnistia, quantunque l'omicidio come delitto naturale incontrasse forse una penalità più severa che non la partecipazione alla pubblica violenza — 3.° La *prescrizione* offre la sua esemplificazione nei reati di stampa coperti per ragioni speciali da una prescrizione più breve, la quale non si può eludere col pretesto che nello stampato si conteneva una ingiuria, delitto che soggiace alla prescrizione ordinaria. Queste e simili sono le spinose difficoltà nelle quali si agita la pratica ad occasione dei delitti *complessi:* delle quali ho qui voluto dare un cenno perchè si comprenda la formula adoperata nel testo, e non già per imprenderne una trattazione completa. I fenomeni giuridici della *complessività* nei delitti sono per loro stessi materia bastante ad un vasto trattato.

§. 2522.

Ma il giudice chiamato a distribuire la congrua *pena* ad un delitto *complesso* (§. 52) ha dinanzi agli occhi una legge costituita che deve da lui esattamente applicarsi: e quando trova che questa legge

punisce un fatto di dieci e un altro fatto di cinque, non può mai considerare *in quanto alla determinazione* della pena il delitto punito di dieci come pedissequo e famulativo al delitto punito di cinque. Ecco in qual senso si abusò nella pratica della teorica in sè stessa giustissima dei delitti pedissequi, confondendo la prevalenza speculativamente determinata pel fine della classazione con la prevalenza reale e concreta derivante dal confronto delle pene stabilite dalla legge positiva. Questa dottrina si riassunse dunque benissimo nel senso pratico dall'art. 81 del codice penale Toscano che qui mi piace di riferire — *Se un' azione può costituire più titoli di delitto, dee sempre riportarsi sotto di quello a cui è minacciata la pena più grave; e questa pena, ove non sia assolutamente determinata, viene accresciuta entro i suoi limiti legali, dalle altre violazioni della legge commesse col medesimo fatto.* Il quale articolo disponendo soltanto intorno alla *penalità* lascia nel dominio della scienza tutta la teorica dei delitti pedissequi in ciò che riguarda le speciali questioni relative sia alla *esperibilità dell' azione penale*, sia alla *prescrizione*, sia all' *amnistia*. Quello che vi ha di incontrastabile si è che giammai nel delitto *complesso* possono applicarsi *due pene* (1).

(1) È grave questione se la *detenzione di armi* costituisca un vero e proprio delitto o una semplice trasgressione. Di ciò tratteremo alla materia dei reati contro la pubblica tranquillità. Ma supponendo adesso che vi si debba ravvisare un delitto, questo non può essere evidentemente che un delitto sociale. Questa ipotesi mi porge occasione d' illustrare ciò che dico nel testo in proposito della dottrina dei delitti *pe-*

dissequi. Chi tenesse erroneamente la prevalenza dei delitti di danno universale sui delitti di danno particolare non come regola di classazione di ciascuna *speciolità* criminosa individualmente guardata, ma come regola di misura di penalità nelle combinazioni di due diverse specialità concorrenti in un solo contesto di azione, vorrebbe forse dire che la lesione personale o l'omicidio sono delitti pedissequi alla delazione di arme perchè questa è un delitto sociale e quelli sono delitti naturali? Assurdo è codesto che nessuno sognò. Non può mai dunque sorgere questione in proposito della regola che la prevalenza deve dal giudice determinarsi in concreto mercè il confronto delle pene respettivamente inflitte. E parimente non può essere argomento di serio dubbio che quando un' azione delittuosa *servì di mezzo ad un altro delitto* il nesso di mezzo a fine unifica giuridicamente le due azioni, e ne fa sorgere un solo titolo determinato dalla respettiva gravità, ma punibile sempre con una sola pena. Pure di questa regola si è talvolta dubitato precisamente in tema di delazione di armi. Io alludo alla censura che quello accortissimo ingegno di Filippo Ambrosoli volle dare alla formula del nostro maestro, nella nota che appose (*pag.* 60) al §. 170 degli *elementi* del Carmignani; dove a lui parve che la formula del Carmignani avesse contro di sè la pratica universale che costantemente nei ferimenti con arme vietata applica e la pena della lesione e la pena della delazione congiuntamente. Ma lo illustre critico non avvertì a due circostanze. La prima si è quella che la delazione di armi per opinione di molti non pertiene ai veri delitti ma alle trasgressioni di polizia; ed allora quella pratica giurisprudenziale niente offende la regola del Carmignani, la quale è propria del concorso di delitto con delitto; sapendosi bene che in tema di trasgressioni procede invece la opposta regola della perpetua moltiplicazione delle pene, perchè in queste si prende di mira il *fatto* e non il *fine* dello agente. Non avvertì poi lo illustre critico alla specialità della delazione di arme. Ammesso ancora che in questa (contro la più giusta

dottrina) si ravvisi un delitto e non una semplice trasgressione di polizia, è da notarsi che la delazione non sempre si consuma per il fine apposito di ferire. Vi sono quasi sempre due distinti momenti di fatto. Il momento del delare, che si prolunga per uno spazio di tempo e di luogo maggiore o minore ma che sempre è completo in sè stesso anche prima che siasi ferito alcuno, ed anche prima che sia nata qualunque idea di ferire. Ora è manifesto che il supposto delitto di delazione è già stato consumato, non già (notisi bene) come *mezzo* di ferire altri, ma come fine a sè medesimo. Si è delato l'arme pel fine di delare; la legge si è già volontariamente violata, il delitto è consumato; la pena incorsa. Poi nasce la rissa, si snuda l'arme, e si ferisce il nemico. In questo secondo momento la delazione ha servito di mezzo al delitto di lesione, ma non vi serviva, nè era destinata a servirvi nel primo momento, il quale presentava in sè il delitto di delazione già consumato e perfetto nei suoi propri elementi così materiali come intenzionali; e non vi è ragione perchè la pena di quel primo delitto che ebbe col secondo una connessione puramente accidentale debba andare impunito perchè se ne commesse un secondo. Cosicchè qui ha luogo la teorica dei delitti *simultanei* (§. 52) e non la teorica dei delitti *complessi*. E tanto è vera questa osservazione che noi potremmo opporre alla critica dello Ambrosoli una serie di monumenti giurisprudenziali nei quali fu applicata soltanto la pena dell'omicidio o della lesione senza applicare la pena della delazione di arme, perchè ritenuta la premeditazione nel secondo reato e il preordinamento della delazione alla consumazione di questo, si dovette dire (e si disse benissimo) che la delazione di arme non era in quel caso un delitto di per sè stante, ma semplicemente un mezzo preordinato ed inserviente al secondo delitto, e che perciò nella pena di questo si doveva assorbire la pena di quello. Per lo che la teorica del Carmignani ben lungi dallo avversare alla pratica giurisprudenza vi combacia a capello. Non si punisce il delatore dell'arme per lo

imbrandimento della medesima nello istante in cui ferì; perchè in questo istante l'arme si brandiva come *mezzo* a ferire, ed il nesso di mezzo a fine unificando la delinquenza lo scinderla era un impossibile giuridico. Ma si punisce per la delazione precedente, la quale non essendo fatta per il fine di ferire, è un ente giuridico distinto ideologicamente dal secondo reato; e non può esservi concatenazione giuridica dove non fu concatenazione ideologica uò ontologica: e non vi è concatenazione neppure ontologica perchè colui poteva benissimo ferire con quell'arme anche senza averla precedentemente delata, se l'avesse trovata sul luogo, o tolta al nemico. La delazione precedente fu *occasione* di ferire con arme, ma non fu *mezzo* quando non era preordinato al ferimento. Tale è il senso della teorica dei reati pedissequi. Ho preso qui occasione di questa avvertenza per rivendicare la dottrina del mio maestro, e me lo perdoni il meritissimo critico.

§. 2523.

Quando pertanto lo *abuso di autorità* abbia servito di mezzo ad un reato evidentemente più grave, come avviene (a modo di esempio) quando siasi commesso omicidio, la penalità si deve desumere dal titolo dell'omicidio, e lo abuso dell'autorità ne sarà un'aggravante come deve esserlo sempre in tutti i delitti che si consumino al mezzo di abuso di una pubblica potestà. E queste osservazioni valgono a chiarire quanto dicemmo al §. 202, dove la lesione di più diritti ponemmo fra le cause di aumento di *danno mediato*. Bisogna distinguere fra diritto la cui lesione offre una oggettività giuridica costituente di per sè sola un delitto *civile;* e diritto la cui lesione non dà elemento di malefizio speciale. Nel primo caso sorge la figura del delitto *com-*

plesso, e l'azione criminosa riceve un aumento di quantità in ragione del danno *immediato*. Nel secondo caso è intuitivo che un *delitto* non può essere renduto *complesso* per la concomitanza di un *non delitto*. Laonde la offesa concomitante di un diritto ulteriore non può influire nella classe del reato; e se vale ad aggravarlo non può aggravarlo che in ragione del cresciuto spavento degli spettatori, vale a dire in ragione del danno *mediato*.

§. 2521.

Seconda ricerca — In proposito della complicità ponemmo la regola (*Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto* §. *355*; *Programma* §. *508 e seg.*) che le *qualità personali* dell'autore principale non si comunicano ai partecipi: sicchè per la opinione da noi seguitata (quantunque in opposizione ad altri rispettabili giureconsulti che professano la contraria) le circostanze minoranti od aggravanti *personali* giovano e nuocono a colui che le ha nella sua persona; ma non giovano nè nuocono agli altri che non le hanno, sebbene prendano parte all'azione criminosa. Ma a questa regola noi credemmo necessario di fare una limitazione precisamente nel caso in cui la *qualità della persona induca* nel fatto la *essenzialità criminosa*. Questa limitazione parve e pare a noi di assoluta necessità logica, per la semplicissima ragione che quando al fatto si dà la essenzialità criminosa dalla *sola qualità* della persona, se dal calcolo della imputazione del partecipe si dovesse eliminare ogni valutazione di quella qualità personale ne avverrebbe la completa impunità

del partecipe. Trattasi (a modo di esempio) di una diserzione o di un adulterio: la qualità di soldato in colui che viaggia a talento suo, come la qualità di maritata nella donna che si presta al concubito non sono *aggravanti* di un fatto che già fosse in sè medesimo un delitto civile: quella sarebbe stata una passeggiata, questa una fornicazione; ambedue non imputabili politicamente. La qualità di soldato in colui, come nell'altra la qualità di maritata, danno dunque il carattere criminoso al fatto che era innocente in faccia alla legge penale: in quelle sta dunque tutta la *essenzialità* del reato. Pretendere che di tali qualità non si debba tener conto al partecipe perchè non assoldato o perchè non coniugato, rigorosamente applicando la regola generale della non comunicabilità, porterebbe diritto alla conseguenza della completa scriminazione del partecipe; perchè rispetto a lui contemplato l' atto, senza riguardo a quella qualità personale, non sarebbe delitto. Questa osservazione (irrecusabile come proposizione di fatto) porta per necessità logica ad un dilemma: o bisogna comunicare al complice la qualità personale che dà la essenza al reato, chiamandolo partecipe di deserzione, d' incesto, di bigamia, di adulterio, e simili: o bisogna venire alla conseguenza opposta d' imputare il fatto come delitto soltanto a colui che riveste nella persona quella condizione essenziale; e dichiarare non punibile il pertecipe che in sè non la riveste. Generalmente nella pratica si accetta la prima e non la seconda conseguenza giuridica, ed il drudo celibe si punisce come complice di adulterio, e via così discorrendo (1).

(1) Questa teorica vale a mostrare che la *premeditazione* nell' omicidio non è circostanza *essenziale* ma circostanza *aggravante:* perchè non facendosi comunicazione delle aggravanti personali, ma dovendo farsi comunicazione delle essenziali, ne avverrebbe che se la premeditazione fosse una essenziale (come parve a taluno per lo inesatto titolo di assassinio erroneamente applicato all' omicidio premeditato) dovrebbe comunicarsi la premeditazione del correo al correo che non premeditò: lo che sarebbe un assurdo ed una crudele ingiustizia.

§. 2525.

Ma quella regola e quella eccezione ricevono esse applicazione completa negli abusi di autorità? Come possono esse riceverla? Abbiamo veduto che lo abuso di autorità ha più e diverse forme giuridiche. Talvolta sta come delitto *di per sè stante,* e non ricevendo alcun nome speciale corre sotto il titolo di *abuso di autorità.* Talvolta per lo indebito lucro che volle guadagnarsi il pubblico ufficiale, presta al fatto un *nome speciale;* e degenera in *corruzione* o *concussione.* Talvolta la qualità pubblica dello agente non opera nessuno di questi due effetti: non è dessa che dà la *essenzialità* criminosa al fatto; non è dessa che crea un titolo *sui generis* dando un *nome speciale* ad un fatto già di per sè criminoso. Il fatto principale lesivo di altro diritto è quello che continua a definire il titolo del reato: è sempre un omicidio, una violenza carnale, una lesione personale, a cui reca un aggravio la qualità del pubblico ufficiale che lo eseguì. Come si dovrà egli procedere in siffatte ipotesi così differenti? Io esamino la questione in faccia ai principii scientifici senza

nessun rispetto alle particolari disposizioni di uno o di altro codice il quale può avere modificato con la sua locuzione le regole teoriche. Da questo punto di vista nel quale noi ci poniamo nei nostri studi, in un articolo di codice altro non vediamo che la opinione di un giureconsulto. Il giurista che dettò quell' articolo ed usò quel linguaggio ebbe una piuttosto che un' altra opinione, e sciolse il problema secondo tale suo giudizio. Il problema sarà sciolto in quella guisa da lui, e il giudice che deve applicare la legge scritta dovrà accettare quella soluzione: ecco tutto. Ma il problema sarà sempre disputabile in faccia alla scienza; e se i principii accolti in quella soluzione appariscono meno esatti, il giurista potrà liberamente propugnare una soluzione contraria. Avvertiamo questo una volta per sempre per mostrare che una dottrina teorica non si può confutare con l' articolo di un codice, perchè il legislatore ha la potestà di dettare regole pratiche che sole domineranno nel territorio a cui diede ordinamenti, ma non ha la balìa di proclamare assiomi scientifici indiscutibili.

§. 2526.

Applicando pertanto alle distinzioni da noi osservate le regole e le eccezioni relative alla questione della comunicabilità, ecco quale dovrebbe esserne (secondo il parere mio) la soluzione pratica: — 1.° Trattasi di un delitto già tale per sè, nel quale la qualità personale dell' autore principale non abbia fatto che aggiungere una condizione aggravante, e non ne sia stato mezzo materiale, e molto meno elemento costitutivo della criminosità. Io dico che

deve procedere la regola della non comunicabilità, perchè siamo nei puri termini di un criterio *misuratore* personale. Un agente della pubblica forza in occasione di esercitare le sue funzioni cagionò un ferimento, ed un privato gli porse aiuto in qualsiasi modo. Il titolo è di lesione personale: questo è il titolo che si obietta al privato, ed a lui si applica la pena ordinaria; la qualità di pubblico ufficiale di cui l'altro abusò è un'aggravante che colpisce lui solo.

§. 2527.

2.° Trattasi di un fatto che sarebbe delitto di per sè stesso; ma lo intervento del pubblico ufficiale che non diede la essenza criminosa all'azione le dà peraltro un *nome* particolare. Ecco in questa seconda ipotesi il Carmignani che dubita a causa del nome speciale. Anco accettata la regola della non comunicabilità il nome speciale dà ragione di dubitare per quel benedetto fascino della regola della *individuità del titolo.* Io già parecchie volte ho professato la decisa opinione che non riconosco questa pretesa regola della *individuità* e non so qual principio di ragione la imponga; ma conosco invece la regola opposta della *individualità del dolo,* per la quale ogni colpevole deve corrispondere del male che fece secondo le condizioni di ciò che fece. Ora è da vedersi qual sia l'effetto di queste due diverse dottrine nel tema presente, ed a vederlo chiaro è necessario esemplificare. Non è una lesione personale commessa con abuso di autorità nella quale l'ufficio non dà nè *essenza* nè *nome* al reato: questo è il primo caso che ho sciolto testè. Non è nep-

pure un fatto a cui porga tutta la essenza criminosa ed il nome lo abuso di autorità: questo è il terzo caso che esaminerò fra poco. Il secondo caso che qui contempliamo presenta un fatto che sarebbe già delitto di per sè stesso: lo abuso di ufficio non dà la *essenza* criminosa al fatto, ma gli dà un *nome* speciale. Ecco la ipotesi che fluttua tra il primo ed il terzo caso, poichè nel primo lo ufficio non dà nè *essenza* nè *nome;* nel terzo dà *essenza* e *nome;* in questo secondo dà *nome*, e non *essenza*. Specifichiamo ancor più a costo di anticipare qualche nozione. È un *furto* o una *frode:* questi sono delitti di per sè stanti; ma se l'uno o l'altro si commise dal pubblico ufficiale mediante abuso dei suoi poteri, sorge il titolo e nome speciale di *concussione*. Il furto violento diviene *concussione esplicita* quando l'ufficiale incusse timore di potestà pubblica al privato; ma il furto violento era già delitto di per sè, e non fece che mutar nome. La frode diviene *concussione implicita* quando il pubblico ufficiale inganna il privato per farsi dare dieci come debito, mentre il vero debito non era che cinque; ma la frode era già alla sua volta un reato punibile, e lo intervento dell'abuso di ufficio le mutò nome: a quelle due mutazioni di nome suppongasi che tenga dietro un cambiamento di penalità e che la penalità si muti per aggravarsi. Ecco i termini del dubbio nella ipotesi presente. Alcuni diranno dover procedere la regola della non comunicabilità; laonde il privato che aiuti il Camarlingo ad ingannare i contribuenti mediante la esagerazione della tassa imposta terrà come passibile della pena ordinaria della frode; e la pena della concussione im-

plicita applicherà soltanto al Camarlingo che alterò la cifra dei mandati, o al Cancelliere che esagerò le richieste di emolumenti. Altri all'opposto vuole applicare la identica pena della concussione implicita ad entrambo: e questo i seguaci della formula di Carmignani vogliono dimostrare col principio della *individuità del titolo.*

§. 2528.

Ora la regola della individuità del titolo è troppo *assoluta* e senza *ragione sufficiente* perchè possa da noi accettarsi. È troppo assoluta, perchè include la parificazione sotto il pretesto della individuità anche nelle circostanze che dipendono dallo *stato di animo* dell'autore principale: e questo io sostengo essere assurdo ed ingiusto. Il complice di un delitto scusato da giusto dolore, che non versava in giusto dolore; il complice di un delitto premeditato che agì per moto improvviso, e forse per impeto scusabile, non possono goder l'uno la scusa e subire l'altro l'aggravante attribuita respettivamente allo autore principale, senza la flagrante iniquità della comunicazione del dolo dall'uno all'altro colpevole. Ma la pretesa individuità del titolo porterebbe a punire come agente premeditato chi non premeditò; ed a scusare per determinazione meno libera chi con pienissima libertà si determinava al delitto: dunque la individuità conduce alla ingiustizia ed all'assurdo, e non è principio accettabile. Dico oltre a ciò che la individuità non ha *ragione sufficiente:* perchè se unanimemente si ammette che nel caso di differenza materiale fra gli atti dell'uno e gli atti del-

l'altro in una identica azione si applichi per un unico fatto un titolo di reato all'uno ed un altro titolo all'altro (per esempio il latrocinio all'uno, e il furto violento all'altro) malgrado la diversità di *nome*, non avvi ragione per cui, quando giustizia distributiva lo vuole, non si possa e non si debba in un unico fatto applicare un titolo all'uno, ed un titolo all'altro dove la differenza del titolo dipende da circostanze *personali*. Non vi è ragione per cui si dichiari impossibile di giudicare ciascuno dei compartecipi nel delitto secondo il proprio peso, e secondo la propria misura. Il *nome* è un'accidentalità estrinseca venuta a caso nella scuola, e dalla scuola passata nelle leggi per il servigio della tecnologia, ma il *nome* non muta la *cosa*, dunque io nego ogni rispetto alla vantata régola della individuità del titolo.

§. 2529.

Ma posta da banda la considerazione della individuità vi possono eglino essere delle ragioni differenti ma solide per le quali si operi la comunicazione? Questo io lo credo. Ed una siffatta ragione io la trovo in tutti i casi nei quali la qualità *personale* dell'autore principale ha servito di *mezzo* al delitto con piena *scienza* ed adesione del partecipe. Perciò io non esitai ad insegnare che lo estraneo complice del servo ladro dovesse rispondere di *famulato* (§. 2099) perchè la domesticità dell'autore principale (quantunque circostanza personale in sè stessa) è stata *mezzo* a commettere il furto, e il non servo avendo conosciuto questa circostanza personale del suo compagno; ed avendo voluto profit-

tarne come mezzo per compiere il reato; non può evitare gli effetti a lui dannosi di quella qualità personale della quale volle accettare gli effetti a sè profittevoli. Per identica ragione io non esito a dire che il privato partecipe attivo della concussione (o esplicita o implicita) non potrà sottrarsi alle conseguenze di aggravio che porta seco lo abuso della pubblica potestà, quando tale abuso abbia servito di *mezzo* al delitto e siasi *conosciuto* dal complice. Perciò il privato che abbia concorso col Camarlingo ad esagerare le tasse che questi indebitamente esigeva dai contribuenti, dovrà rispondere di *concussione implicita* e non di *semplice frode*, perchè quella qualità personale che fa degenerare la frode in concussione implicita si fece servire con scienza del privato partecipe alla consumazione del reato che senza quella non si poteva in tale forma commettere. Del pari se alcuni malandrini desiderando di porre a ruba una casa si associno un agente della pubblica forza affinchè questi si presenti colà e col pretesto di fare una perquisizione ne agevoli l'ingresso a sè medesimo ed ai compagni, dovranno (per opinione mia) rispondere dell'aggravante, perchè questa circostanza *personale* divenne *materiale* nella forma particolare di quella delinquenza, compenetrandosi nel fatto come mezzo necessario conosciuto e voluto per eseguirlo. Ma se invece in una frode, od in un furto intervenne un pubblico ufficiale con abuso di ufficio, senza che lo ufficio servisse di *mezzo* ad eseguire il delitto, io sosterrò sempre che la aggravante deve pesare a carico del solo pubblico ufficiale, e nulla porsi a carico degli altri che non rivestivano siffatta qualità (1).

(1) Nel tema degli abusi di autorità esercita un influsso speciale la teorica del *comando*, inquantochè lo intervento di un ordine superiore può operare la metamorfosi che l'autore principale vada esente da ogni imputazione, ed il complice si tramuti in autore principale. Ciò dipende dalle regole generali che esposi al §. 316: dipende cioè dal vedere se il comando del superiore tolse o no al sottoposto esecutore dell'atto la *coscienza* di dare opera ad un delitto. Rimanendo questa avremo due correi ugualmente responsabili, perchè troveremo nell'uno la prevalenza della forza morale, e nell'altro la prevalenza della forza fisica del malefizio non disgiunta dal dolo. Questo dubbio però non può nascere dove il supposto comando non cada sopra atti che erano nelle attribuzioni del superiore. Vedasi Bardelloni *cons.* 176, *per tot.*

§. 2530.

3.° Resta ad esaminare la terza ipotesi. Le qualità personali dell'autore principale (e così nei termini del caso nostro, lo abuso di ufficio) danno al reato non solo il *nome* ma anche la *essenza* criminosa. Il fatto non sarebbe altrimenti reato: è reato unicamente perchè fu posto in essere da un pubblico ufficiale con abuso di autorità. È la ipotesi pura dello abuso di autorità innominato. È un carceriere che ha per zelo di uffizio sedotto un innocente detenuto a confessarsi colpevole. Questo fatto non videsi mai elevato a delitto in nessun privato: ma le leggi e pratiche toscane vi trovarono un esempio di abuso di autorità innominata giustamente riprovevole, e severamente punibile. Qui dunque la qualità di pubblico ufficiale dà proprio la essenza criminosa al fatto altrimenti innocente. In questo ed in altri consimili esempi, che dovrà dirsi del

partecipante privato? Siamo al dilemma che ho accennato di sopra: o bisogna niente imputare per questo fatto il privato partecipe, o bisogna imputargli lo abuso che altri ha fatto di una autorità che nel partecipante non era.

§. 2531.

Ora in questo dilemma io trovo che per regola generale i criminalisti e la pratica comunicano al partecipe la circostanza che per essere stata *essenziale* nel malefizio sembra divenire piuttosto materiale che meramente personale. Ma io dubito che questa regola generale non si possa sempre applicare nel tema di abuso di ufficio. In altri delitti si viene alla comunicabilità per evitare lo sconcio della impunità del partecipe. Ma nello abuso di ufficio che non si estrinseca in un' azione già di per sè criminosa, tutta la oggettività giuridica del reato s' incontra nella violazione dello speciale dovere che all' ufficiale imponeva lo ufficio, e così in un rapporto esclusivamente personale fra lo impiegato e la società. E sotto questo punto di vista io penso che non sia repugnante la impunità del privato. Io sentirei invece repugnanza a punire un privato cittadino come complice di una mancanza in uffizio commessa da un impiegato, quando appunto questa non si estrinseca in un' azione che in sè stessa sia criminosa e non degeneri *in corruzione*. E per quanto ho potuto osservare nella mia pratica parmi che in simili casi la dottrina del delitto *proprio* (§. 52) si applichi in tutto il rigore dei termini, obiettandolo cioè come delitto unicamente a colui che ha abusato dell' uf-

ficio, e mancato ad un dovere tutto a lui personale. Tutti i moderni codici dichiarano delitto in un pubblico ufficiale il rendersi socio o cointeressato in un appalto di lavori che in qualsivoglia guisa dipendano dall' ufficio suo. Ecco un atto lecito ed anzi lodevole (speculazione industriale) divenuto delitto unicamente per ragione della persona. I soci dell' appalto che avranno accettato come socio quello impiegato saranno essi partecipi della pena minacciata a questo reato che tutta la essenzialità sua riceve esclusivamente dalla persona? Io non lo credo. Alla mia opinione osserverò che si conformano tutti quei codici i quali a certi reati minacciano come unica pena la interdizione dell' ufficio, la quale evidentemente non è applicabile al privato.

§. 2532.

Terza ricerca — In ordine al tentativo nello abuso di autorità deve ricordarsi la regola che sulle orme del Carmignani segnammo al §. 373 come principio generale. Ma poichè appunto è un principio generale che ha quasi costante applicazione nei delitti sociali, così cade in acconcio a questo luogo di contemplare in un punto di vista più esplicito l' applicazione della regola suddetta. La regola è questa, che l' autore di un fatto *sia responsabile di delitto perfetto* o non *di semplice tentativo quantunque non abbia raggiunto il particolare suo fine quando negli atti da lui eseguiti già stia la violazione completa del diritto aggredito o di un diritto poziore.* Il conato allora sparisce per *eccesso*. Di siffatta regola facemmo al §. 374 applicazione con for-

mula generale, dicendo che *ciò accade in quasi tutti i reati sociali.* La *Seconda Sezione* della *parte speciale* (nella quale siamo ora entrati) ci conduce a guardare più da vicino gli effetti di quella regola e di quella applicazione.

§. 2533.

Dirò dunque che nei reati sociali avvenuta la aggressione con atti idonei esteriori del diritto universale, il delitto è già perfetto sebbene lo agente volesse fare di più e ne fosse impedito. È perfetto, lo ripeto e lo affermo, ma è perfetto nel suo rapporto con la *obiettività criminosa,* costituente il *reato sociale:* non lo sarà rispetto ad *altre obiettività diverse* che si venissero ad incontrare con gli atti ulteriori non eseguiti. Dilucidiamo questo punto una volta per sempre.

§. 2534.

Nella combinazione di due diritti aggrediti l'uno come *mezzo* e l'altro come *fine* dallo agente, possono verificarsi tre casi distinti — 1.° *Caso.* Si aggredi col *mezzo* un diritto universale la cui lesione *non costituiva delitto di per sè stante,* e tutta la criminosità nasce dal *fine.* Qui abbiamo detto e ripetuto (§. 2520) che il reato si determina dal *fine* perchè la lesione *mezzo* non sarebbe per sè stessa *delitto.* Così avviene nel furto sacrilego, perchè il sacrilegio non è delitto civile quando non è commesso con l'animo diretto ad offendere la religione; animo che nel ladro non si suppone. Così avviene nella

ingiuria ai magistrati, la quale non abbia per fine *d' impedire* l' atto di giustizia: la lesa reverenza non è reato di per sè stante, e nessun legislatore oggidì ne fa un titolo speciale di reato: tutta la criminosità sta dunque nel fine con cui si attacca l' onore dello individuo: dunque non può trovarvisi che un delitto naturale (ingiuria) qualificato dalla dignità della persona insultata; e vuol dirsi lo stesso se fu ferita od uccisa. Ora in questo primo caso la teorica del tentativo rientra nelle condizioni ordinarie perchè nella lesione di un diritto universale è impossibile trovare un delitto perfetto quando la medesima non costituisce reato di per sè stante: ciò parmi abbastanza chiarito. Se dunque si tratterà d' ingiuria il tentativo sparirà per la natura del reato principale che *perficitur unico actu,* e perciò non ammette frazionamento (§. 371) di esecuzione; e non per la intrusione di un reato sociale. Ma se il delitto *fine* ammetta per sua natura tentativo (come la lesione personale, l'omicidio, il furto, e simili) il tentativo rimane possibile come d' ordinario, e la qualità aggravante non dà che una ragione di aumento al malefizio tentato, come l' avrebbe data al malefizio consumato. Sarebbe assurdo che la mera aggravante operasse il duplice effetto di aggravare, e di convertire il tentativo in delitto perfetto.

§. 2535.

2.° *Caso* — Si aggredi col *mezzo* un diritto universale la cui lesione *costituisce un delitto di per sè stante:* e col *fine* si aggredi un altro diritto (o universale, o particolare) la cui lesione *non costi-*

tuisce di per sè delitto. Qui tutta la criminosità sta nel *mezzo*, e il reato è unicamente ed esclusivamente sociale. È il caso dell'abuso di autorità innominato; è il caso semplice della corruzione, che vedremo fra poco. Nel fine può esservi un favore od una persecuzione ingiusta contro il privato. Ma non tutti gli atti ingiusti sono delitti, e neppure è tale lo emettere un decreto o sentenza iniqua (1). Diviene delittuoso l'atto od il decreto o perchè ciò si è fatto con certi modi che in loro stessi costituiscono abuso punibile del potere pubblico, o perchè si è renduta venale la giustizia. In questi reati puramente sociali corre costante la regola anzidetta della cessazione del conato per causa di eccesso. Ancorchè il reato sociale (abuso di autorità, corruzione, o simili) non abbia raggiunto il fine che si proponeva lo agente, il delitto è sempre perfetto quando si è fatto abuso del potere pubblico o conclusa la vendita dell'atto di giustizia, o simili: perchè la criminosità stando nella offesa al diritto universale il primo atto di esecuzione avendo già offeso quel diritto, offre la consumazione del malefizio. Col congregare la turba e muoverla ad esercitare violenza si è già consumata una aggressione alla pubblica tranquillità; e il delitto sociale è perfetto ancorchè la petizione che si voleva appoggiare con la violenza non sia stata esaudita; perchè la criminosità non stava nell'ottenere responso favorevole ad una supplica ma nello usare violenza sul pubblico ufficiale per ottenere quel responso. In ogni esempio consimile questo è certissimo. Sarebbe assurdo dire che vi fu tentativo di delitto in rapporto al fine non ottenuto quando il fine (fosse pure cosa

ingiusta) non era in sè un delitto. La dimestichezza con la propria donna non è delitto; ma se si usi in pubblico ecco il delitto sociale di oltraggio pubblico al pudore: e gli atti lubrici col solo principio di esecuzione già consumano la lesione del diritto universale aggredito, e sorge subito il reato perfetto, benchè quegli atti non abbiano condotto al fine voluto dagli agenti o siano stati interrotti. Sottrarsi alla forza che ci vuol ridurre in carcere non è delitto; è lo esercizio istintivo della naturale libertà: ma se ciò si volle ottenere col resistere alla pubblica forza, ecco il delitto sociale e puramente sociale: quindi i primi atti di reazione violenta danno il titolo di resistenza consumata, benchè il resistente non sia giunto ad esimersi.

(1) Guai se ogni sentenza iniqua fosse un delitto nel giudicante. La *ignoranza* e lo *errore* sono la scusa inevitabilmente connessa alle violazioni del diritto che si consumano per questa via. E quantunque lo illustre Tommaseo, nel suo libro che ha per titolo il *supplizio di un Italiano a Corfù*, abbia denominato giudici malfattori quelli che avevano mal giudicato, quantunque il mal giudicare non fosse derivato da loro malizia, pure questa frase vuole essere presa come un elegante vezzo di lingua e non nel positivo senso giuridico. È però da notarsi questo caso come un'altra eccezione alla regola con troppa generalità insegnata come assoluta che *l'errore di diritto non scusa*. Già di questa regola io accennai una limitazione nello errore caduto sul *diritto civile*. Ma nel caso di un giudice che, a modo di esempio, ordinasse una carcerazione illegittima procedendo a ciò per erronea interpretazione di un articolo di legge, lo errore cadrebbe sopra la *legge penale*; eppure quantunque si avesse il materiale di un *arresto arbitrario* non se ne

applicherebbe la pena a quell' ufficiale, allegando la buona fede e la mancanza di dolo. Ciò vidi giudicato in termini analoghi dalla Corte di Genova nel caso di una perquisizione illegittima operata da un pubblico ufficiale per una equivocata intelligenza della legge.

§. 2536.

3.° *Caso* — Si aggredì come *mezzo* un diritto universale la cui lesione costituisce un reato di per sè stante. Si aggredì come *fine* un altro diverso diritto (o universale o particolare) la cui lesione parimente costituisce un delitto di per sè stante. Ecco la ipotesi nella quale l'anzidetta regola ha bisogno di dichiarazione. In quanto il reato è *sociale* il principio di esecuzione consuma la aggressione del diritto universale, e presenta il reato già perfetto. Ma in quanto l'azione offenda col fine un diritto particolare non corre la parità. Si ha il delitto perfetto nel suo essere di reato sociale; ma in quanto alla lesione del diritto particolare, che isolata costituirebbe un delitto di per sè stante, deve sempre differenziarsi la consumazione dal tentativo; non sotto la formula (notisi bene) che il delitto sociale sia imperfetto, ma sotto la formula che il delitto sociale offra quantità minore perchè meno gravi no furono *gli effetti* dannosi. Pongasi una *violenza pubblica:* come reato sociale essa è delitto perfetto tostochè la turba commossa esercitò atti capaci di produrre intimidazione: quel titolo è assorbente; se vi avvenne ruberia, lesione personale, od anche omicidio non muta titolo per ciò. È un *effetto più grave* che aumenta la quantità nel titolo di violenza pubblica.

Si ha sempre una violenza pubblica aggravata per le lesioni personali, per la ruberia, o per l'omicidio: ma se la ruberia, la lesione personale o l'omicidio non furono in loro stessi consumati, la violenza pubblica (che rimane in sè stessa perfetta) si aggrava meno per la *minore gravità* del risultamento, il quale le dà una quantità minore. È sempre una violenza pubblica perfetta; ma non aggravata dall'omicidio o dalla ruberia, ed aggravata soltanto dal tentato omicidio, o dal tentato saccheggio. Pongasi una fabbricazione di falsa moneta: quando la falsa moneta è coniata, il delitto sociale è perfetto *come tale* ancorchè non sia seguito lo spendimento: lo spendimento successivo aggredirebbe anche il diritto particolare in quanto si lede il giure di proprietà dello individuo al quale si carpisce un valore effettivo in cambio della falsa moneta. La lesione di questo diritto particolare ove sia consumata aggrava il reato già perfetto del falso nummario ma non domina il titolo. In conseguenza lo aggravamento sarà maggiore se con lo spendimento eseguito sarà stato leso il diritto particolare nella proprietà privata: lo aggravamento sarà minore se la lesione del diritto particolare (tentato spendimento) sarà rimasto un semplice conato. E così si dica di altri casi consimili. Da tutto ciò si viene a concludere che l'anzidetta regola del Carmignani da noi pienamente accettata non si deve già intendere nel senso che ogni azione criminosa nella quale si incontra un reato sociale degeneri interamente in un reato perfetto tosto che si cominciò ad eseguire l'aggressione del diritto universale. Se nell'azione vi è permista anche l'aggressione di

diritti naturali il reato che è perfetto sotto il rapporto della lesione del diritto universale potrà benissimo essere semplicemente tentato sotto il rapporto del diritto particolare. Così nello abuso di autorità in quando si consideri il delitto nella sua pura indole di reato sociale lo abuso è già consumato quando ebbe un principio di esecuzione; e se potrà in lui riconoscersi un reato di per sè stante, questo reato si imputerà all' autore suo come *perfetto* e non come *tentato*. Ma quando l' abuso di autorità si dirigesse ad aggredire un altro diritto la cui lesione presentasse un distinto malefizio questo (se rimase imperfetto) non potrà imputarsi che come delitto tentato, quantunque lo abuso di autorità si imputi come delitto consumato. In una parola non si può ammettere un conato punibile di abuso di autorità: ma lo abuso di autorità può essere un conato punibile di altro reato naturale.

§. 2537.

Ho procurato per quanto ho potuto di rendere chiare queste regole sottili ma esattissime. Mi si perdoni questa non dirò digressione ma illustrazione, perchè ho voluto nello incominciare la esposizione dei delitti sociali mettere in largo certe generalità, sperando con questo di rendere più lucido l' argomento e di risparmiare nel seguito la ripetizione ad ogni reato speciale di questi principii regolatori. Se malgrado i miei sforzi rimane qualche punto oscuro spero si chiarirà nelle singole applicazioni.

§. 2538.

Del pari ho qui necessità di avvertire che quella distinzione fra criterii misuratori di quantità *naturale* e criterii misuratori della quantità *politica* delle delinquenze desunta dalla considerazione o del danno immediato o del danno mediato, la quale con tanta esattezza ci accompagnò fino al termine nella esposizione dei delitti naturali, sembra venirsi a modificare (almeno quanto alla formula) nella presente *Sezione:* e la ragione ne è intuitiva.

§. 2539.

Infatti nei delitti naturali il danno *immediato* presenta sempre la violazione di un diritto *particolare*, cioè pertinente allo individuo offeso; e questo essendo un diritto dato dalla *natura* e non dalle istituzioni sociali rettamente si dice che per la maggiore importanza del diritto particolare offeso si aumenti la quantità *naturale* del malefizio in contrapposto di ciò che aumenta la quantità *politica* per lo influsso che esercita sul danno mediato. Ma nei delitti *sociali* sotto il loro punto di vista tipico il danno immediato è anche esso interamente politico, dicendosi questi reati appunto *sociali* perchè si possono esaurire nella loro completa criminosità con la sola lesione di un diritto universale senza che nessuno individuo sia stato menomamente leso nei suoi naturali diritti. Laonde in questi reati può non trovarsi criterio che a tutto rigore di termini si debba dire pertinente alla quantità *naturale*. Credo infatti siasi già inteso

che la parola *naturale* da noi adottata per distinguere nei delitti lo elemento della quantità derivante dal danno *immediato,* dallo elemento di quantità derivante dal danno *mediato* non è già relativa alla *natura* (o indole costitutiva) del delitto, la quale è costantemente politica: ma bensì alle condizioni del diritto la cui offesa porge il respettivo criterio di quantità: il quale diritto ora essendo *naturale* (dato dalla natura) ed ora *politico* (dato dalla città) ne sorgono quelle due forme distinte di quantità. Per lo che è chiaro che nei delitti sociali potendo spesso non esistere lesione alcuna di diritti particolari *(naturali)* la formula *quantità naturale* può non trovare esatta applicazione neppure nella contemplazione dei relativi danni *immediati.*

§. 2540.

Dicasi dunque una volta per sempre che nei delitti sociali la quantità naturale deriva e cresce o decresce quando alla offesa politica si aggiunga la offesa consumata di un qualche diritto particolare pertinente allo individuo aggredito. Ove nessuna di tali aggressioni concorra, anche i criterii di aumento di quantità che si desumono dal danno immediato rappresenteranno sempre una misura di quantità politica. Così nello abuso di autorità sarà costante criterio di aumento il danno maggiore o minore recato agli individui eventualmente aggrediti: e questa è regola che dettata in un caso si ripete spontaneamente in tutti i reati sociali.

Digitized by Google

§. 2541.

Ma tutti i delitti sociali hanno dei particolari criterii misuratori desunti dalla speciale indole loro; e così li ha lo abuso di autorità. E tali sono la maggiore o minore dignità (1) o potenza inerente all'uffizio di cui si è abusato; la maggiore o minore perversità della passione movente; la maggiore o minore possibilità d' impedirne la ripetizione: e ciò oltre la considerazione costante e generale del maggiore pregiudizio recato, la quale non può definirsi e circoscriversi per via di determinate figure, ma bisogna indicarla con la generica formula di *effetti più gravi.* Anche questo è intuitivo; e spieghisi una volta per sempre. Nei delitti naturali è facile prevedere e designare concretamente lo *effetto più grave,* perchè si conosce *a priori* lo speciale diritto aggredito; e così può dirsi che lo effetto più grave del ferimento starà nella durata della malattia, del furto nella quantità del tolto, e via discorrendo. Ma lo abuso di autorità (come anche qualche altro delitto sociale) potendo eventualmente aggredire tutti quanti gli umani diritti, è impossibile dettare una completa enumerazione degli effetti più gravi, perchè ciò porterebbe ad una nuova enumerazione di tutti i reati. Ed oltre a ciò per le cose testè avvertite non potrebbe indicarsi come aumento di quantità di un titolo il concorso di altro titolo che spesso riduce il primo alla più umile funzione di circostanza aggravante.

(1) Dove ai Parrochi si conservi la qualità di pubblici ufficiali le penalità degli abusi da loro commessi in simile

veste devono senza dubbio essere severe. Ma perchè li atti loro soggiacciano al sindacato della società civile bisogna che cadano intorno ad atti *civili*. Qualunque abuso da loro si commetta in materia *ecclesiastico* che non turbi l'ordine civile, sottostà al superiore ecclesiastico, e non deve la potestà laica ingerirsene. Fu dunque un errore quello dei moderni legislatori che vollero elevare a delitto civile *lo indebito rifiuto dei sacramenti*. Dovendo il giudice rimpetto a simile accusa conoscere se il rifiuto era *indebito* o *debito*, al giudice stesso si conferiva il sindacato del sacerdote negli atti di sacerdozio che devono subordinarsi ai soli precetti religiosi. Questo errore ebbe la sua condegna pena in Italia dove rarissimamente e forse mai videsi condannare un prete per rifiuto di sacramenti. Notabile è la decisione della Corte di Cassazione di Napoli del 25 maggio 1870 riferita nella *Temi Italica n.* 23, *anno* 1870.

§. 2542.

Il codice Toscano che agli art. 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, e 190 dovette chinare la fronte in faccia alle verità che ho testè accennato, procedette *per via di esemplificazioni* le quali sono ben lungi dallo essere complete: e ripetendo la designazione di alcuni reati per aggiungervi un leggiero aumento di pena in ragione dell'ufficio, mostrò una mitezza inopportuna e singolare (Puccioni *Commento, articolo 185*) e manifestò quello aperto favore verso gl' impiegati, che è uno dei vizi più gravi (figlio dei tempi) di quel codice d' altronde bellissimo. Non saprei qual codice presentare a modello per la nozione di questo maleflizio. Per me la teorica dello abuso di autorità innominato si deve stringere in due sole operazioni — 1.° Stabilire con una regola

generale e costante applicabile a tutti i reati (1) che la pena inflitta a ciascun delitto debba incontrare un aumento quando il delitto siasi commesso da un pubblico ufficiale con abuso dei suoi poteri — 2.° Ricercare i pochi casi nei quali lo abuso di autorità sembri meritare una repressione penale quantunque non abbia il substrato di altro delitto, e che per ciò debba configurare un reato di per sè stante; e questi descrivere e convenientemente punire, limitando in sostanza il concetto dello abuso di autorità come espressione di un titolo speciale di malefizio alla sua configurazione di reato principale e di per sè stante. Ciò io veggo chiaro nelle sevizie (2) e rigori eccessivi usati dagli agenti della pubblica forza negli arresti, o dai carcerieri nella custodia dei rei: nelle arti subdole usate da un giudice o da un carceriere per indurre un inquisito a confessarsi colpevole, e nella fornicazione alla quale l'ufficiale abbia indotto la donna che trovavasi sotto la sua mano. Ma se quelle sevizie o quelle arti hanno fatto sorgere il materiale di una lesione personale; o se quella fornicazione si ottenne per violenza o morale o fisica; io sempre scorgerò anche in questa ipotesi il delitto principale di lesione o di violenza carnale aggravato dalla qualità della persona.

(1) Questo sistema si è precisamente adottato dal codice penale delle Isole Jonie, il quale (mentre distingue fra abuso positivo, abuso negativo, ed atti arbitrarii) dopo aver provveduto a certi casi speciali dettò all' art. 259 con regola generale l' aumento di un grado nella pena ordinaria del reato quando l' agente lo abbia commesso con abuso di ufficio.

(2) La rea consuetudine d' infierire contro gli arrestati quando sono posti in catene è tradizionale ed ereditaria nella

razza dei birri Italiani: questa è forse una sequela delle leggi crudeli che un tempo ponendo al bando i contumaci permettevano ogni molestia che loro si recasse, ed anco la stessa loro uccisione; lo che destò odii i quali passarono di generazione in generazione. I più umani legislatori dovettero per altro dettare provvedimenti contro simili eccessi. E sebbene disputassèro i Dottori se la scusa da tutti riconosciuta nelle offese recate al reo resistente dovesse estendersi ancora a quelle recate al reo fuggente (Muta *Decisiones Siculae, decis.* 7 — Sanfelice *lib.* 2, *decis.* 257 — Farinaccio *quaest*, 52, *n.* 43 *et seqq.* — Ottero *de officialibus pars* 2, *cap.* 3 *et ult.* — Caballo *resolut. cas.* 152) nessuno mai osò estendere la diminuente alle offese sul reo caduto in potere della forza, ed anzi tutti vi trovarono una aggravante. Oldekops (*contra Carpzovium decas* 3, *quaest.* 1) esamina la questione se sia o no abuso apporre le manette od altri legami al reo catturato quando il delitto appostogli è punito col solo carcere o con la multa. Vedasi anche lo stesso Oldekops nelle sue *observationes tit.* 3, *observ.* 3 *et* 16. In Toscana l' art. 69 della legge del 30 novembre 1786, e l' art. 15 della legge del 30 agosto 1795 presero di mira gli eccessi degli esecutori dichiarandoli perseguitabili a pubblica azione, e minacciando loro oltre la interdizione pene afflittive di corpo: fu anche più severa la notificazione del 6 agosto 1827 pubblicata per reprimere i sempre crescenti abusi dei birri Toscani. Si vedano le dotte osservazioni del Forti nelle sue *conclusioni* (*conclus.* 6, *pag.* 65) ove descrive i limiti entro i quali è lecita la violenza degli apparitori sovra gli arrestati, e avverte che nessuna legge contemporanea protegge la sicurezza personale dei cittadini contro le soverchierie della pubblica forza quanto lo facevano allora le leggi Toscane.

Titolo II.

Corruzione.

§. 2543.

Il delitto che nelle nostre scuole chiamasi *corruzione* è quello che i romani dissero *crimen repetundarum* (1); che gl' inglesi chiamano *bribery;* gli spagnuoli *cohecho*, i portoghesi *peita, suborno, corrupção*, e che nello antico italiano chiamossi *barataria* (§. 2317) o baratteria ad esprimere il baratto che si fa del denaro con la giustizia: e questo vocabolo *corruzione* si adopera quasi per antonomasia a designare che la essenza di questo malefizio sta nella corruzione morale del magistrato. Qualunque abuso si faccia da un pubblico ufficiale dell' autorità conferitagli è bruttissimo reato e di grave danno politico. Ma il danno politico cresce quando il pubblico ufficiale abusi dei suoi poteri per una turpe veduta di avidità. La ragione di ciò sta nella maggiore diffondibilità del danno mediato: perchè in faccia ad un magistrato che ecceda per odio o vendetta contro un suo nemico, avranno poca ragione di temere tutti quei cittadini che sanno di non avergli dato cagioni di antipatia o che sperano di non eccitarne la malevoglienza: ma in faccia ad un magistrato che venda i suoi favori a chiunque lo paga non avvi cittadino che possa essere sicuro di ottenere giustizia, e che non debba temere un sopruso quando egli venga a contesa con un avversario facoltoso e di non delicata coscienza. Ecco

perchè dei reati dei pubblici ufficiali che si commettono per veduta di lucro si fecero in tutti i tempi specialità criminose distinte, si designarono con appositi nomi, e si usò maggiore energia di repressione contro le medesime.

(1) Questo delitto si disse dai romani *crimen repetundarum* per la repetizione del denaro dato al giudice corrotto. Le dodici tavole lo dichiararono delitto *capitale:* Gellio *Noctes atticae lib.* 20, *cap.* 1. La qual pena apparve poscia soverchia e fu modificata; come certamente era assai più mite ai tempi di Cicerone. Poscia venne ripristinato l'antico rigore da Valentiniano *(l.* 5, *C. Theod. de lege Julia repetundar.)* ma con poca fortuna nella pratica. Laonde Giustiniano ricondusse le pene del giudice corrotto a più miti misure *(l.* 3, *C. de lege Julia repetundar.)* vale a dire alla pecuniaria, e alla perdita degli onori. Di nuovo però lo stesso Giustiniano modificò questa pena nella *Nov.* 124, *cap.* 2, dove distinse fra *giudice civile* e *giudice criminale,* aggiungendo al secondo la pena dello esilio e della confisca dei beni, mentre contro il primo rimase la pena del triplo da pagarsi non già al corruttore ma al fisco: Schiltero *exercitatio* 49, §. 139. Nelle successive pratiche la pena divenne arbitraria: Carpzovio *quaest.* 93, *n.* 53 *et seqq.* — Van Eck *theses juris pag.* 207 — Groeneveghen *de legibus abrogandis tit. de repetundis.* Bisogna però distinguere fra la punizione del giudice od arbitro romano che avesse preso donaro per rendere sentenza (che è il caso contemplato dalle XII tavole) e le disposizioni più generali relative alle estorsioni e venalità dei magistrati romani inviati nelle provincie dove opprimevano di ogni molestia i soci della repubblica: e poichè le leggi che ripararono a tali disordini si fecero sui reclami di quelli, così furono dette *sociali.* La origine del *crimen repetundarum* nel suo più vasto concetto ci viene accertata da Cicerone

(de officiis lib. 2, cap. 21): Caput autem est in omni procuratione negotii et muneris pubblici, ut avaritiae pellatur etiam minima suspicio. Modo enim hoc malum in hanc rempublicam invasit. Nondum centum et decem anni sunt, cum de pecuniis repetundis a L. Pisone lata lex est, nulla antea cum fuisset. At vero postea tot leges et proximae quaeque duriores, tot rei, tot damnati. La specialità della *l. Calpurnia* proposta da Lucio Calpurnio Pisone 149 anni avanti la nascita di Cristo pare che fosse questa, di soddisfare le grandi lagnanze delle provincie oppresse dalle malversazioni dei magistrati romani: Zumptio *de legibus repetundarum pag.* 9. Anche prima di questa legge si trovano esempi di magistrati accusati e chiamati a pubblico giudizio, ma con le forme ordinarie. Sembra però per le accurate osservazioni dello Zumptio che il giudizio istituito dalla legge Calpurnia fosse puramente privato, e che soltanto la legge Acilia lo rendesse pubblico. Certo è che il giudizio della legge Calpurnia era semplicemente recuperatorio e non portava altra pena che la restituzione del mal tolto: e che la successiva legge Giunia niente mutando alla forma del giudizio altro non fece che estendere la *quaestio repetundorum* anche ai magistrati della città. Orazio trovò giustamente nella incorruttibilità il tipo dell'ottimo giudice — *Honestum praetulit utili et rejecit alto dona nocentium vultu.*

§. 2544.

Ma se considerato nel rapporto del magistrato venale, il lucro indebito che egli abbia agognato di conseguire mediante il suo ufficio, sviluppa un concetto unico; questo concetto si suddivide naturalmente quando si considera nel rapporto del privato dal cui patrimonio esce o deve uscire il valore od il bene rappresentante cotesto lucro. Si suddivide cioè, secondochè quel privato ha o no scientemente

e liberamente consentito a perdere quel valore del quale si è arricchito, o voleva arricchirsi il magistrato. È evidente che se il privato liberamente consentì a quella perdita, l'oggetto del malefizio rimane unicamente nel diritto *universale*, e nella pubblica giustizia oltraggiata. Nel secondo caso oltre quest'oggetto se ne aggiunge un altro al malefizio: il diritto *particolare*, cioè il diritto di proprietà su quel valore, del quale o fraudolentemente o violentemente si spoglia il privato. La lesione di questo diritto che nel primo caso non può trovarsi perchè il privato ha liberamente disposto delle cose sue, aumenta la quantità nel secondo perchè vi fa nascere la violazione di più di un diritto. La classe rimane la medesima perchè vi è sempre la violazione del diritto universale alla giustizia pubblica, il quale come prevalente, regola la determinazione della classe: ma si rende più grave per quella lesione ulteriore del diritto particolare, e varia di *nome*. Nel primo caso sorge il titolo di *corruzione* (1), nel secondo sorge il titolo di *concussione*, che in seguito spiegheremo.

(1) Bibliografia — Anello *decisiones neapolitanae lib.* 1, *decis.* 57 — Bocero *disputation. tom.* 1, *cluss.* 4, *disput.* 8 — Cavatius *de remediis contra impedimenta justitiae* — Angelo *de delictis pars* 1, *cap.* 29 *et* 40 — Zuffio *institutiones criminales lib.* 2, *tit.* 17, *pag.* 72 — Cala *de magistratibus dissert.* 15, *n.* 4 — Hertius *responsa tom.* 1, *cons.* 552 — Boehmero *exercitat.* 105 *et decis.* 8626, *pars* 3, *tom.* 3 — Zieglier *dissert.* 6, *de affectu magistratus* — Puttmann *miscellan. spec.* 1, *cap.* 1 — Ursaya *institut. lib.* 2, *tit.* 2 — Renazzi *elementa lib.* 4, *pars* 3, *cap.* 7 — Plainer *quaestiones pag.* 322 *et*

seqq. — Engau *elementa lib.* 1, §. 543 *et seqq.* — God. Lud. Menkenio *dissert. de crimine barattariae* — Wesel *de sanctitate judicior. ab imperator. rom. partim restituta partim labefactata*; *in* Oelrichs *thes. nov. dissert. vol.* 2, *tom.* 1, *pag.* 265 — Ala *foro criminale vol.* 6, *pag.* 11 — Zumptio *de legibus repetundarum, Berolini* 1845 — Pfotenauer *de crimine repetundarum* — Koch *institut.* §. 653 *et seqq.* — Thomasio *de actione adversus judicem imperite judicantem vol.* 5, *dissert.* 1 — Klenze *Fragmenta legis Serviliae repetundarum, Berolino* 1825 — Giuliani *istituz. di diritto crim. vol.* 2, *pag.* 139 *e segg.* — Arabia *diritto penale vol.* 3, *pag.* 78 — Pessina *trattato di penalità speciale* §. 110.

§. 2545.

La *corruzione* (o baratteria (1) di magistrato) è dunque *la vendita conclusa tra un privato e un pubblico ufficiale di un atto appartenente al ministero di questo, che di regola dovrebbe essere gratuito.* In questo reato i delinquenti sono sempre *due;* chi vende la giustizia e colui che la compra. I criterii *essenziali* di questo malefizio vogliono essere cercati – 1.° nella *persona* — 2.° nell' *atto* — 3.° nella *causa* dell' atto: di ciascuno partitamente.

(1) La parola *baratteria* applicata ai pubblici ufficiali comprende qualunque lucro che a sè procuri un pubblico funzionario come prezzo dello esercizio di una facoltà da lui concessa, anche indipendentemente da ogni controversia giudiciaria. Così Innocenzo III (*Constitutiones aegidianae cap.* 21, *pag.* 37) chiamò baratteria il fatto di certi ufficiali che per una somma davano il permesso di giuocare ai dadi nei luoghi pubblici. I giuristi dissero che la parola *baratte-*

ria era voce barbara. E finchè la lingua dei giureconsulti era la latina veramente potevano dir barbara questa voce, perchè essa era tale rispetto alla lingua latina. Ma i criminalisti moderni che cominciarono a scrivere in italiano copiarono dai giureconsulti antichi questo luogo comune, e tutti all' occasione della voce *baratteria* ripeterono che era voce barbara, senza avvertire che nello idioma italiano la parola *baratti, barattiere, baratteria,* non è barbara, ma classica. Sulla origine di questa parola vedasi Muratori *dissert.* 55 — Hirchfeld *de barataria, Halae* 1708 — Raynourd *Dizianario dei trovatori (Parigi* 1836) *parola Bara.*

§. 2546.

Primo estremo — *Persona.* Perchè sorga il presente titolo di reato bisogna che siasi percepito o voluto percepire un lucro da persona costituita in *pubblico ufficio.* Nulla influisce sulla essenzialità del delitto che l' ufficiale sia *superiore,* o *inferiore, stipendiato,* o non *stipendiato; perpetuo* oppure *temporario;* dell' ordine *giudiciario,* oppure dell' ordine *politico* od *amministrativo.* Nulla del pari influisce che la mercede sia stata data o promessa *durante l' ufficio* o *dopo deposto* l' ufficio.

§. 2547.

A questa occasione incontrasi divergenza negli scrittori sul punto di sapere se un *donativo* ricevuto *dopo deposto l' uffizio* a causa di un *atto di uffizio,* e senza *precedente promessa* costituisca il delitto di baratteria. La *legge 6, C. ad legem Juliam repetundarum* ci ha conservato la formula del giuramento che si esigeva dagli ufficiali romani — *ni-*

hil penitus tam in administratione positis, quam post depositum officium, pro aliquo praestito beneficio tempore administrationis, accepturos. Leggesi in Cicerone *(de legibus 3) dona ne capiunto neve gesta neve gerenda potestate.* Malgrado ciò il Bartolo per una errata lezione della legge *Aquilius ff. de donationibus* insegnò che i donativi ricevuti dopo deposto l'uffizio non costituissero il delitto *repetundarum;* ossia la corruzione. E sebbene l'Alciato, ed altri dopo di lui, rilevassero l'errore di Bartolo; pure, poichè gli errori lasciano sempre qualche traccia dietro di loro, il Filangeri accettò questa distinzione pel fine di *punir meno,* e Carmignani lo seguitò. Ma quantunque qualche legislazione abbia considerato siffatta circostanza come atta a modificare la quantità politica del delitto; a me persuade meglio la opinione del Giuliani, che la ricusa del tutto per le seguenti ragioni — 1.° Perchè tale dottrina presterebbe troppo facile velo ad una baratteria pattuita durante l'ufficio — 2.° Per la facile speranza che potrebbe concepire il magistrato di ottenere donativi dal litigante ricco quantunque non esplicitamente promessi — 3.° Per la facilità di generare nel pubblico la opinione che l'atto si facesse nella espettativa del futuro dono, lo che porta sfiducia e discredito della giustizia (1).

(1) Del resto la opinione che rigetta ogni distinzione di tempo prevale fra i migliori culti: Meier *collegium argentoratense lib.* 48, *tit.* 11, §. 4 — Brunnemanno *in codicem lib.* 9, *tit.* 27, *ad leg.* 6, *n.* 8.

§. 2548.

Secondo estremo — *L' atto.* L'atto che si è eseguito dal pubblico ufficiale per la veduta di un lucro mentre o non doveva farsi o doveva farsi (1) gratuito, deve essere uno di quelli che sono inerenti allo ufficio da lui coperto. Non sarebbe colpevole di corruzione quello impiegato che prendesse mercede per servigi prestati ad un privato indipendentemente dal suo ministero; a modo di esempio, per avere nelle ore di riposo dato lezioni di diritto, o fatto copie, o tenuto amministrazioni di particolari. Nei congrui casi potranno i superiori interdire tali atti quando li ravvisino incompatibili con la dignità dell' ufficio, ma ciò darà luogo soltanto a misure disciplinari e non a repressione penale.

(1) Sotto il codice penale Francese del 1810 per la incompleta locuzione del medesimo la giurisprudenza non puniva quando la corruzione aveva avuto luogo per fare *omettere* un atto di uffizio: Blanche *troisième étude, pag.* 714. Questa lacuna fu riparata con la legge del 13 maggio 1863.

§. 2549.

È necessario che l' atto pel quale si pattui mercede fosse di sua natura gratuito. Se le leggi o le consuetudini attribuivano un emolumento a quella funzione, bisogna distinguere. Ove siasi esatto una mercede superiore a quella dovuta, con inganno del privato, sorgerà il titolo di *concussione implicita*, che in seguito esporremo. Il titolo di *corruzione* si avrà

allora soltanto quando il privato abbia dato scientemente più di quello che era tassato dalla legge o dalla consuetudine pel fine di avere l'atto in un modo ingiusto, o di averlo con maggiore sollecitudine.

§. 2550.

Infatti è comunemente insegnato che il delitto di baratteria esiste completo nei suoi caratteri essenziali (salva la modificazione dei criterii misuratori) tanto se l'atto sia intrinsecamente *ingiusto*, vale a dire che non dovesse farsi, o non dovesse farsi in quella guisa, quanto se sia in sè stesso giusto, ma pure l'ufficiale abbia richiesto una mercede non dovuta sotto il pretesto di farlo con più diligenza o più sollecitamente (1). Tutti insegnano che anche i premi dati ad *accelerandum* costituiscono baratteria. Quando l'atto era ingiusto in sè stesso vi è la offesa alla giustizia nella *sostanza*. Ma anche quando l'atto era in sè *giusto*, e doveva farsi e farsi in quel modo, vi è sempre una offesa alla giustizia nella *forma*, perchè si è renduto *venale* (e così posto in discredito) lo esercizio di una pubblica potestà.

(1) Burgers *singularium observationum Centuria* 4, *observ.* 1 — Schulze *Lehrbuch* §. 106, *pag.* 528. È però da avvertirsi che per la dottrina Germanica, seguitata in ciò dal nuovo codice dell'Impero Tedesco (§. 331), il privato corruttore *(corruttore attivo)* non incontra pena se tendeva ad ottenere atto *giusto*, e si punisce soltanto l'ufficiale venale *(corruttore passivo)*. La somma ragione di questa dottrina sta in questo che quando il privato tende ad un atto giusto non ha causa che lo induca a gettar via volontariamente il suo danaro: laonde se egli vi si è prestato deve

presumersi che abbia subito la coazione impostagli dal Magistrato venale: ed in ciò non è reato, perchè egli lo fa con la coscienza di spendere il proprio senza ledere i diritti di alcuno.

§. 2551.

Qui disputano li scrittori se costituisca baratteria il chiedere mercede per un atto di volontaria giurisdizione. Il Boehmero *(ad Carpzovium, quaest. 93, observ. 5)* larghissimo in questa materia, dice incensurabili i donativi ricevuti per codesti atti purchè non siavi lesione della giustizia; e allega alcune reiudicate dei tribunali alemanni. Generalmente però non si accoglie dai criminalisti codesta larghezza, considerandosi la offesa alla forma come sufficiente alla criminosità quantunque non siavi offesa alla giustizia nella sostanza.

§. 2552.

Ma poichè un atto pubblico è quello che deve formare il correspettivo della mercede data o promessa, è evidente che non possono interdirsi i donativi che ad un magistrato si facciano per cagione di mera benevoglienza (1) da parenti o da amici. Molte volte il donante potrà avere in cuore il segreto pensiero di cattivarsi la simpatia del magistrato per veduta di future speculazioni: il giudice nella sua delicatezza dovrà stare in guardia contro simili arti, e ricordare il celebre *timeo Danaos, et dona ferentes.* Ma non potranno farsi argomento di criminale inquisizione o la minore delicatezza dell' uno, o le arcane intenzioni dell' altro.

(1) Questa massima astratta è facilissima a concepirsi; ma in pratica può presentare gravi difficoltà. Alcuni codici (come lo Spagnuolo art. 314) hanno espressamente contemplato il caso del dono fatto all' impiegato non come premio esplicito di un atto del suo ufficio ma in genere per cattivarsi il favore: e mentre hanno sottoposto a speciale e più mite penalità anche questo fatto, lo hanno descritto con la formula *regali fatti in ragione dell' ufficio*. Ma questa formula è assai vaga, e porta ad una investigazione intenzionale che non può non riuscire arbitraria. Quando il dono è fatto al giudice dal litigante che ne aspettava la sentenza, o all' ufficiale da chi ne implorava una concessione, la prova è agevole, e si può senza esitazione argomentare (chiarito il dono) il pravo fine del donare da tali circostanze. Ma quando si configura un caso in cui questa specializzazione di fine non si possa arguire, come vorrà egli stabilirsi se il dono fu fatto *in ragione di uffizio*, ossia a riguardo della carica, oppure a riguardo dell' individuo? I legislatori che vogliono definire troppo, spesso non definiscono niente. In queste indagini la definitiva soluzione del problema della colpevolezza, od innocenza del dono dipenderà sempre dalle speciali circostanze e dalla prudenza del giudicante. Quello che si può insegnare di certo si è che quando gli accusati di corruzione giustifichino una causa onesta di donare o di ricevere, la presunzione d' innocenza deve sempre vincere. Ma se la scusa di aver donato per *benevolenza* potrà essere il più delle volte fortunata in faccia alla giustizia che esige rigida prova della dolosa intenzione, non sarà ugualmente fortunata in faccia al tribunale della pubblica opinione. Questa non vede con simpatia certe dimostrazioni di *benevolenza*, neppure per parte dello stesso governo. E quando anni addietro in occasione di un processo nel quale il governo era interessatissimo si videro distribuire decorazioni a tutti i pubblici ufficiali, e persino ai testimoni che avevano dato aiuto all' accusa, il credito della giustizia non rialzò certamente in faccia al senso morale dei cittadini.

§. 2553.

Certo è però che l' *atto* deve spettare allo speciale ufficio che si esercita dallo ufficiale a cui fu dato l' indebito lucro. Se un magistrato che non giudica in un affare prenda una mercede per raccomandare lo affare stesso ad un suo collega che vi giudica, o procurarne lo scioglimento favorevole, egli senza dubbio farà cosa altamente vituperosa; potrà nei debiti termini soggiacere all' accusa di *vendita di fumo;* ma non potrà applicarglisi il titolo di baratteria, tranne quando egli sia agente segreto del suo collega.

§. 2554.

Terzo estremo — La *causa* dell' atto: vale a dire il *lucro* pattuito a proprio profitto dal pubblico ufficiale come ricompensa dell' atto del suo ministero. Nulla influisce sulla essenzialità del crimine che il lucro sia *dato* o *promesso:* o consistente *in denaro,* o in altra cosa *appetibile;* o *grande* o *piccolo.* La giustizia si offende *etiam uno nummo.* Fu un errore di alcuni pratici distinguere tra *munus et* (1) *munusculum* (esemplificato nei polli, e nel paniere di frutti mandato al giudice) e male si tentò sostenere codesta distinzione con lo esempio dei *xenia* (2) permessi dai romani. I *xenia* (che furono il tipo dei *calendi* in uso oggi nel nostro contado al venire del nuovo parroco) erano e dovevano essere innocenti in ragione della causa; perchè esprimevano un omaggio di simpatia ed un saluto di arrivo al novello preside per parte di tutta una

provincia ed a nome di tutti, e non già il correspettivo di un atto di ufficio. Notasi anzi che il delitto sussiste anche quando siavi semplice baratto (3) di favori pattuito tra due ufficiali.

(1) Che presso i romani si tollerassero i munuscoli purchè nell'anno non giungessero alla somma di cento aurei, fu opinione comunemente insegnata (Antonio Mattheo *de criminibus lib.* 48, *tit.* 8, *cap.* 1, *n.* 10) e la fondarono sui frammento di Venulejo Saturnino alla *l.* 6, §. 2, *de lege Julia repetundarum.* Ma poichè ciò viene contradetto dal frammento di Macro alla *l.* 7, *ff. eodem,* i migliori interpreti propugnano contraria dottrina. E veramente nella *l.* 6, vi è aperta discretiva fra la prima parte e la linea finale: talchè si presta benissimo a questa spiegazione che il divieto fosse assoluto e senza distinzione di più o di meno *(etiam uno nummo)* In quanto a ciò che si ricevesse per causa di atti di ufficio: e la ultima disposizione relativa al limite dei cento aurei si riferisse soltanto ai doni ospitali che si facessero ai magistrati come omaggio di benevolenza e non come premio di un atto del loro ufficio: Cavatius *disputationes cap.* 3, *pag.* 69 — Caldero *decisiones Cataloniae decis.* 98. Diversamente la intese Brummer *ad leg. Cinciam, cap.* 4.

(2) Vedasi in quanto alla costumanza delle *xenie* Langlaeus *semestrium lib.* 6 *per totum* — Fabro *thesaurus eruditionis, verbo xenia* — Feltmann *digestorum lib.* 1, *tit.* 18, *lex* 18, *vol.* 8, *pag.* 327 — Heyne *opuscula academica vol.* 5, *opusc.* 5, *pag.* 89.

(3) In pratica si è ravvisato elemento bastevole di corruzione anche nel solo fatto di prendere denaro a *mutuo* dal privato; Sanfelice *decisiones vol.* 2, *decis.* 170: e si è disputato se il giudice possa esercitare negoziati in società con private persone: Caldero *decisiones Cathaloniae decis.* 99.

§. 2555.

È però indifferente che la mercede promessa siasi posteriormente data o non data. La baratteria è *consumata* col contratto (1), poichè niente si guarda alla lesione del patrimonio del privato. Come pure è indifferente che dopo avere ricevuto la mercede il pubblico ufficiale abbia o no fatto quell'atto per ottenere il quale il privato avevala data. La offesa alla giustizia è consumata e perfetta nella forma (anche senza nessuna lesione nella sostanza) quando si è posto a prezzo l'atto di ufficio. Nella consumazione del contratto sta la consumazione di questo reato (2).

(1) Berner *Lehrbuch* §. 224, *pag.* 572.

(2) Vedasi Larrea *allegationes fiscales, allegat.* 47. La Suprema Corte di Giustizia in Vienna con la decisione 8 novembre 1870, riferita nella *Gazzetta dei Tribunali di Trieste anno* 5, *n.* 1, stabilì essere punibile come *tentativo* di corruzione (*seduzione* secondo l'art. 311 del codice Austriaco) la offerta di un dono fatta ad un pubblico ufficiale perchè non denunci un fatto che *si crede* delitto sebbene non sia in realtà un delitto. Due cose sono da osservarsi su questo giudicato — 1.° Il concetto principale che mantiene il titolo di corruzione anche quando l'atto pubblico che si voleva impedire non fosse assolutamente *precettivo* — 2.° La nozione della *seduzione* secondo l'art. 311 del codice Austriaco, la quale sembra non esigere *la accettazione* del dono, a differenza di ciò che avviene nella *corruzione* secondo la nostra scuola. Vi è dunque differenza fra il *sedurre*, che si eseguisce dal privato, e il *corrompere*, che può solo consumarsi dalla persona pubblica. Laonde quella dottrina Tedesca,

figlia di uno speciale diritto costituito, non risponde alla esattezza della nozione scientifica della corruzione. La corruzione del proprio animo è un fatto che deve *eseguirsi* dall' uomo che si lascia corrompere (e così nel caso nostro dal Magistrato) e non può *eseguirsi* da altri. Nel privato pertanto le calorose proferte di doni non possono costituire il *materiale* di tentativo, perchè non possono essere principio di esecuzione del malefizio che deve *eseguirsi da altri*. Secondo questo sottile ma più esatto concetto il caso di Vienna sarebbe caduto appo noi sotto il titolo di *istigazione a delinquere:* mai sotto quello di tentativo, come nessuna *istigazione* vi cade per la comune dottrina prevalsa nelle buone scuole e nei buoni codici: e lo avere deviato da questa verità si notò generalmente come uno dei molti gravissimi errori del codice Sardo. Il volgo ignaro potrà dire colui *tentò* di farmi commettere un omicidio con i suoi pravi consigli; ma il giurista mai potrà dire che chi *consiglia* altri ad uccidere ha posto in essere un tentativo di omicidio. Anche i moderni giuristi Alemanni (Schütze *Lehrbuch* §. 106, *pag.* 529) hanno dovuto dire che la *profferta* del dono al Magistrato si punisce come corruzione consumata. Ma questo hanno detto per necessità di obbedire a consimile dettato esplicito del nuovo codice dell' Impero Tedesco. Naturalmente dove un codice penale stabilisca che un saluto fatto di passaggio a una donna sia adulterio consumato, li insegnanti saranno costretti a dire che appo loro l' adulterio si consuma col salutare una donna. Ed ecco come coi codici mal costruiti si vorrebbe pervertire la scienza. Ma la scienza rimane immacolata nelle sue alte regioni: nè una verità ontologica può cessare di essere verità per i capricci o per la inesperienza di un legislatore. Si punisca la proferta del dono come delitto *sui generis* con quanto rigore si brama; ma non si crei il mostro di un *tentativo* senza *principio di esecuzione*.

§. 2556.

È pure indifferente alla essenzialità della corruzione che l'ufficiale abbia pattuito direttamente o per interposta persona; o che il lucro dovesse godersi direttamente da lui o da altri (1) a lui bene affetto. Occorre però che la interposta persona nel pattuire la mercede agisca col consenso del pubblico ufficiale: mancando questo il delitto degenererebbe in una *vendita di fumo* (2).

(1) Molte legislazioni hanno previsto in lettera il caso del donativo fatto per *interposta persona*. Molte sono andate più innanzi, ed hanno contemplato i doni fatti alla moglie, ai figli, o ai famigliari dello impiegato. Ma bene osserva Pacecho nel suo commentario al codice Spagnuolo del 1848 (*tom.* 2, *pag.* 498) che anche dove la legge taccia, la ragione respinge la impunità di una frode così grossolana. Questa forma è stata particolarmente descritta dal codice delle Isole Jonie art. 261; dal Portoghese art. 318; dal codice del Perù art. 347 e 348; dal codice del Brasile art. 130; e dal codice di Bolivia art. 410. Una decisione della Corte suprema di giustizia in Vienna del dì 15 ottobre 1863 (*Eco dei tribunali n.* 1510) stabilì che il delitto di seduzione si verificasse anche nei doni fatti alla moglie dell'impiegato perchè raccomandasse al marito l'interesse della donante in un affare di ufficio pubblico. È da notarsi che la Corte valutò che il dono era di tal cosa che necessariamente il marito doveva conoscerlo; osservò ancora che se non si punissero i doni fatti alle mogli degl'impiegati l'art. 105 del codice penale Austriaco si potrebbe senz'altro cancellare. Risalendo al principio che l'autore principale della corruzione è l'impiegato, finchè non consta dell'accettazione di questo non si avrebbe per noi nè corruzione consumata, nè tenta-

tivo; ma semplice ingiuria, o vendita di fumo. Una ingiuria; se si suppone che il dono sia stato con inganno recato al familiare del giudice e da quello accettato in buona fede per qualsisia pretesto a lui insinuato: una vendita di fumo; se il familiare lo abbia accettato per sè promettendo raccomandazioni. Ma non ammetterei si potesse stabilire una presunzione di connivenza a carico del magistrato per il nudo fatto di doni ricevuti da persone di sua famiglia, mentre però concordo che di tale connivenza possa costruirsi la prova anche mediante circostanze congetturali; come concordo che la semplice scienza e tolleranza costituisca la colpevolezza del magistrato. Neppure crederei che in questa ipotesi potesse scivolarsi la questione ammettendo una punibilità per colpa. Quantunque ai pratici sia piaciuto configurare la *boratteria colposa* del giudice (Caldero *decisiones Catholonioe, decis.* 94, 95 96 *et* 97) io non so comprendere come possa accettarsi il concetto di una imputabilità per *negligenzo* in un reato che ha la essenza sua nella corruzione dell' animo. È però vero che in alcuni statuti trovossi esteso il titolo di baratteria anche alle imprudenze e negligenze gravi dei magistrati, come di una speciale disposizione di Catalogna ne avverte Cancerio *variorum resolutionum pars* 3, *cap.* 12, *n.* 120; e come trovasi ordinato nello statuto di Lucca, *lib.* 5, *cap.* 28 *et* 31. Ma questa rigidità andò ovunque in dissuetudine, come ne accerta Bonfino *in bannimenta* cop. 47, *n.* 57, *et seqq.* — Bertazzolo *Consilia criminalia lib.* 1, *consil.* 71, *n.* 4 *et seqq.* onde rimase costante la regola *judices in syndicatu non inquiruntur nisi de dolo.*

(2) A questa occasione molti istitutisti hanno l' uno dopo l' altro ripetuto lo esempio del grande Bacone, narrando come egli fosse condannato per baratteria a causa dei donativi ricevuti da sua moglie. Recentemente il Dixon ha consacrato un libro a rivendicare la fama dello illustre filosofo; vedasi il cenno che di questo lavoro si dà nell' *Eco dei tribunali, n.* 2041, 9 *febbrajo* 1869.

§. 2557.

Una questione può nascere nella ipotesi di un pubblico funzionario che per denaro riveli un segreto del suo uffizio. Il caso non è tanto difficile a verificarsi, se si porta il pensiero sul segreto che circonda i processi criminali, e sullo interesse che un reo latitante può avere di ottenere da un Cancelliere anche con grosso premio cognizione di ciò che esiste a suo carico nella procedura, onde regolare i suoi costituti e le sue difese. Il caso di corruzione per rivelazione di segreti si volle da qualche pratico (Sanfelice *decisiones vol. 1, decis. 60* — Deciano *tract. crim. lib. 7, cap. 17, n. 30)* punire come falso. Ma questa è una idea bislacca che non può nemmeno discutersi. La questione è se di ciò debba farsi una forma speciale di *rivelazione di segreto,* o di *abuso di autorità,* o di *corruzione.* Ad applicarvi il titolo di *abuso di autorità* fa ostacolo lo intervento dello spirito di lucro. Ad applicarvi il titolo di *corruzione* sembra a prima giunta fare ostacolo che rivelare i segreti non è atto di ufficio. Ma questo obietto si può eliminare osservando da un lato che nella corruzione s' incorre col prender denaro, anche per non fare il debito dell' ufficio proprio; e osservando dall' altro lato che palesare un segreto si risolve nel non custodirlo com' era dovere (1).

(1) Le molteplici distinzioni che debbono farsi ad occasione del presente delitto mostrano aperto quante vie di scampo si siano cercate dai colpevoli per evitarne la pena,

e con quanta facilità abbiano essi potuto raggiungere tale intento. La storia mostra che il dispetto cagionato da queste delusioni eccitò talvolta la bile dei legislatori fino al punto di dettare pene severissime ed anche barbare ed eccezionali. Esempio ne sia il fatto di quel Re Siculo del quale lessi avere ordinato si scorticasse un giudice corrotto e della sua pelle si cuoprisse la sedia sulla quale doveva adagiarsi il nuovo giudice nel rendere giustizia. Ma le storie di tutti i tempi ricordano altresì la solita inevitabile coincidenza che quanto più crebbe nelle leggi la severità contro i giudici corrotti tanto più si moltiplicarono le corruzioni dei giudici. E ciò per la semplicissima ragione che con maggiore audacia si spera dal male inclinato di evitare la pena, quanto più la pena è severa. Prudenza legislativa imporrebbe dunque di abbandonare il fallace mezzo del rigore punitivo, e studiare invece i migliori mezzi preventivi. Fra questi tutti ripetono essere ottimo quello di allontanare il bisogno dall'uscio del Magistrato con elargirgli stipendi bastevoli perchè egli non debba lottare con la fame per mantenersi onesto.

Questa dovrebbe essere la prima base dello edificio. Ma poichè la corruzione è a temersi anche nei giudici non pagati, come sono a (modo di esempio) i Giurati, così non vogliono dimenticarsi anche altri mezzi *indiretti*. E fra questi io ebbi sempre nello animo come mezzo utilissimo ad impedire la corruzione dei giurati quello della *pubblicità* del voto. La pensino altri a talento loro in contrario: io la penso così. Il giurato che a prezzo di oro vende un voto di assoluzione a favore di un facinoroso notorio e convinto, sa troppo bene che va a commettere un delitto; e sa ognuno altresì quanto grande incoraggiamento a delinquere sia la certezza di rimanere *occulto;* come occulti inevitabilmente rimangono col metodo del voto segreto i nomi dei sei giurati che venderono la propria coscienza al servizio di un malfattore. Ecco le ragioni del mio pensiero. Ma questo pensiero non è originale. Quantunque si disputi fra gli eruditi sul costume della antica Grecia, e sembri incerto o vario il modo di

votare degli Ellasti (Schoemann *animadversiones de judiciis heliasticis, Gryphiswaldiae* 1847 — Grunert *de suffragio in judiciis, Gryphiswaldiae* 1859-40) certo è però che nella antica Roma i voti si rendevano a *viva voce*, e così in forma *palese*. Fu nel settimo secolo della Repubblica che alla votazione per *viva voce* si sostituì la votazione per *tabelle*, e conseguentemente il voto *segreto*. Ebbene cosa ne avvenne? Parli Cicerone per noi (*de legibus* 3, 16 *et* 17) *Eoque nunc fit illud, ut minus multus tabella condemnet quam solebat vox.* Alla ragione si accoppia dunque la esperienza; ma tutto invano, perchè pregiudizi di una erronea politica conducono al connubio stranissimo della *libertà* col *segreto*: e mentre anche parecchi stati Italiani retti a forma dispotica mantennero fino ai nostri giorni *la pubblicità del voto giudiciale* come presidio avverso le sentenze venali e le ingiustizie patenti, ai riformatori liberali piacque e piace al contrario risuscitare il segreto della vecchia inquisizione. E poi si millanta che andiamo avanti!

§. 2558.

Poichè si è veduto che la qualità di pubblico ufficiale attiene ai criterii *essenziali* della corruzione, ne deriva per logica conseguenza la comunicabilità delle qualità personali a tutti i partecipi, anche persone private. Lo esigere un premio per il servigio che ad altri si faccia non è per sè stesso un delitto: diviene un delitto nel pubblico ufficiale, perchè abusa delle sue potestà ponendo a prezzo ciò che doveva essere gratuito, o volgendo a suo pecuniario vantaggio quello che doveva farsi per vantaggio pubblico e per sola obbedienza alla legge. La essenza criminosa stando qui dunque tutta nella qualità della persona non potrebbe ascoltarsi quel privato che dopo stipulato il baratto criminoso venisse a dire

doversi in faccia a lui prescindere da ogni considerazione delle qualità personali del suo partecipe; perchè prescindere dalle considerazioni di tali qualità varrebbe lo stesso che distruggere la criminosità del fatto. Ciò sarebbe assurdo, come assurda sarebbe la tesi di quel drudo che sostenesse doversi nella sua imputazione prescindere da ogni contemplazione della qualità di maritata nella femmina che recò alle sue voglie. Potrà dunque nella distribuzione delle pene procedersi con personali riguardi, in quanto si stimi conveniente aggiungere contro il pubblico ufficiale la interdizione dall' ufficio che al suo compartecipe privato non è possibile minacciare: ma nel calcolo della respettiva imputazione deve sempre entrare rispetto a tutti i condelinquenti il criterio dell' ufficio violato.

§. 2559.

La proposizione che il delitto di baratteria si consumi col contratto, e la considerazione che in qualsisia contratto i due paciscenti sono sempre figure *aeque principales*, parrebbe dover condurre a riconoscere come *coautori* del malefizio tanto il magistrato che vende la giustizia quanto il privato che la compra. Malgrado ciò generalmente si ritiene che l' *autore principale* in questo reato debba ravvisarsi nel pubblico ufficiale, e che il privato elargitore del prezzo non sia che un complice (1). Questa ricerca è vitale per decidere se la offerta fatta dal privato al magistrato, e da questi non accettata, costituisca *tentativo* di baratteria, o soltanto una ingiuria contro il magistrato medesimo; oppure una

istigazione a delinquere. Se nel privato offerente si riconoscesse un *autore* principale della baratteria, nella sua offerta anche respinta dovrebbe ravvisarsi un tentativo di quel delitto criminale perseguitabile come tale, perchè per parte sua vi sarebbe stato il *principio di esecuzione*. Ma poichè nel solo magistrato deve cercarsi l'autore principale ed il vero esecutore della baratteria, perchè egli solo può vendere la giustizia; così quando egli ha ricusato la offerta, non essendo neppure intenzionalmente esordito il maleflzio per parte di chi doveva eseguirlo, non può dirsene *incominciata la esecuzione*, e non può parlarsi di tentativo punibile. Ravvisare un principio di esecuzione nella proferta del privato verrebbe secondo questa comune dottrina a costituire un *tentativo di complicità;* lo che è un assurdo giuridico. In questo senso è stato deciso (sebbene per diverse ragioni) dalla Cassazione di Francia l'11 decembre 1862: vedasi Morin *art. 7610*. Dite pur *correo* il privato quando vogliate ugualmente imputarlo del fatto, perchè la parola *correo* esprime soltanto il concetto giuridico conseguenziale di una identica corresponsabilità in faccia alla legge penale. Ma non potete dirlo *coautore*, perchè la parola coautore esprime un concetto ontologico; ed i concetti ontologici non si possono nè dal giurista nè dal legislatore tramutare da quello che sono nella realtà delle cose. Questo basti per la descrizione della *essenza di fatto* (ossia dei criterii essenziali) della baratteria, materia non poco sottile ed ambigua.

(1) Fluttua questa proposizione in materia di adulterio, dove molti dicono coautore dell'adulterio il drudo quantun-

que la essenza del delitto stia nella qualità personale della dooa. Ma, se bene si considera, fra l' adulterio e la baratteria di giudice vi è questa differenza: l' adulterio si consuma mediante la *corruzione* del *corpo*, la quale si opera così dall' uomo come dalla donna; per lo che anche chi *violenti* una donna coniugata dicesi *autore di adulterio*. Al contrario nella baratteria di giudice tutta la essenzialità consiste nella *corruzione* dell' *animo* del magistrato; e questa non potendo evidentemente consumarsi da altri che dal magistrato medesimo il quale consenta a pervertire la sua coscienza, e consumandosi precisamente in quell' istante in cui il magistrato aderisce e presta il *consenso* (e così anche prima che il dono sia a lui consegnato) è intuitivo il fondamento della regola generalmente insegnata che nella baratteria di giudice i caratteri di autore principale non si possano ravvisare in altri che nel pubblico ufficiale.

§. 2560.

Ma se la corruzione del giudice tendeva ad ottenere un decreto che nella sua esecuzione configurasse un altro delitto (per esempio la carcerazione di un innocente) potrà egli punirsi la corruzione come delitto in sè consumato, e punirsi poi anche come tentativo dell' altro delitto? Osserva giustamente il professor Canonico (*introduzione allo studio del diritto penale pag. 212 e segg.*) criticando il codice Bavaro, che ciò non si può; ed io concordo con lui. Ma intendasi bene. Non si può duplicare la pena imputando un unico fatto e come delitto in sè perfetto, e come tentativo di un susseguente delitto voluto. Non si può punire la introduzione in casa altrui come violazione di domicilio; e punirla una seconda volta come tentativo di furto. Ma quando avvenga che il tentativo del delitto ulteriore incontri

pena più grave del delitto già perfetto, mentre starà bene che non si duplichi la pena e debbasi invece unificare la imputazione, lo effetto però di questa regola sarà che s' imputi il fatto come tentativo (1) del delitto non consumato, ed in quello si assorbisca la imputazione del delitto perfetto che era destinato a servire di mezzo. Non potrebbe ammettersi per principio che quando un atto di tentativo costituisce in sè delitto perfetto non debba più imputarsi come tentativo; tutti i ferimenti sono delitti in loro consumati, ed ogni giorno si puniscono come tentativi di omicidio. Ciò peraltro non può avvenire nella *corruzione*, perchè questa non può mai costituire il *materiale* del conato, cioè il principio di esecuzione del delitto ulteriore. Si tendesse pure ad ottenere la condanna a morte di un innocente, l' iniquo contratto che consuma la corruzione non è *principio di esecuzione* nell' omicidio, come non lo è mai il mandato, o la associazione. Dove peraltro alla corruzione abbia tenuto dietro una serie di atti che siano esecutivi del secondo delitto (per esempio, il gendarme comprato per carcerare l' innocente ha già tentato lo arresto) allora potrà nascere il conflitto fra la corruzione consumata e il tentato carcere privato, e tale conflitto si deciderà con la regola della prevalenza, sempre però obiettando un solo titolo. Tranne ciò, bene osserva il lodato scrittore che pessimo errore nella materia del tentativo è quello di scambiare gli atti preparatorii con gli esecutivi. Il tentativo è una *frazione* del reato che si volea consumare, e nella frazione devono essere (quantunque in meno) tutti e singoli gli elementi che occorrevano a costituire il *tutto*.

(1) Anche in questo punto la giurisprudenza francese diverge affatto dalla scuola italiana. L' art. 179 di quel codice che nella prima parte contempla e punisce il *tentativo di corruzione*, e nella seconda parte punisce come delitto *sui generis* il fatto del privato che fece al giudice proposta di corruzione non accettata da questo, ha posto in imbarazzo i commentatori (vedasi Rogron *sur l' article* 179) ed hanno dovuto venire a questa conciliazione che la proposizione non accolta siasi voluta punire nel privato come delitto *sui generis;* e che la prima parte dell' art. 179 contempli il caso di una proposta accettata, e susseguita per parte del giudice da un principio di esecuzione del turpe contratto. Questa conciliazione dovette accettarsi come una necessità, ma essa ripugna alla lettera di quell' articolo, perchè quando il giudice accettò il donativo fu inevitabilmente *corrotto;* e se fu corrotto gli atti successivi potranno far sorgere un tentativo di abuso di autorità o di altro delitto, ma non mai un *tentativo di corruzione.* Morin (*art.* 8278, 8475, *et* 8539) ammette che anche per la legge francese il delitto di corruzione si consumi con lo accordo senza bisogno della esecuzione dell' atto di uffizio promesso, e apertamente insegna che l' ostacolo sorto ad impedire quell' atto, *ne reduit pas le crime à l' état de tentative.* Ma qual è dunque la ipotesi in cui si avrà il tentativo di corruzione? Lasciando queste particolarità di diritti positivi che non ci riguardano, teniamo per fermo che qui il delitto si consuma col serio accordo, e che gli atti o seguiti o non susseguiti, impediti o non impediti, di maggiore o minore importanza, sono tutte circostanze che influendo sugli effetti del reato ne modificano la quantità, sempre ferma stante la condizione di delitto ormai consumato. Quando anche dopo l' accordo seriamente concluso pentite le parti si restituissero i doni, ciò potrebbe costituire un' attenuante, ma il delitto resterebbe sempre imputabile come consumato.

§. 2561.

Venendo ai *criterii misuratori* della quantità nel presente delitto, questi generalmente si desumono — 1.° Dalla maggiore o minore *importanza dell' ufficio* (1) secondochè trattisi di ufficiale nell' ordine *amministrativo*, o nel *giudiciario;* ed in questo di *giudice civile*, o di *giudice criminale* — 2.° Dalla maggiore o minore *importanza dell' atto* mercanteggiato — 3.° Dal *fine* nel magistrato criminale di *condannare* anzichè di *assolvere* un imputato — 4.° Dalla giustizia o ingiustizia *intrinseca* dell' atto. Ai quali criterii vogliono alcuni aggiungere (come ho notato di sopra) lo essersi ricevuto il dono dopo cessato lo ufficio.

(1) In ordine a questo criterio può essere dubbio se debba prendersi in considerazione il più di *dignità* o il più di *potestà*. Seguendo questa seconda linea dovrebbe distinguersi tra ufficiali che non hanno nè giurisdizione nè impero; ufficiali che hanno sola giurisdizione, e ufficiali che hanno giurisdizione ed impero. La questione ha due facce. Se si contempla nel reato la offesa all' *onore* del corpo sembra dover prevalere il riguardo alla *dignità;* se si contempla la *difesa* dei privati contro gli abusi degli ufficiali sembra dover prevalere il riguardo alla *potestà*.

§. 2562.

Non mancano giuristi e legislatori ai quali piaccia d' imputar meno il privato corruttore (disconoscendo qui quel criterio che ad altre occasioni soverchiamente propugnano dello essere colui la *pri-*

ma causa morale del malefizio) e più severamente punire il magistrato corrotto. Ma anche mantenuta nei casi ordinarii la parità della respettiva imputazione, possono a favore del privato occorrere due condizioni eccezionali che lo esonerino affatto da ogni penale responsabilità.

§. 2563.

La prima è incontrastabile a favore di un accusato che corrompa i suoi giudici per sottrarsi ad una grave penalità che gli sovrasta: e fondasi sulla regola della *leg. fin. ff. de praevaricatione — ignoscendum ei qui qualiter qualiter sanguinem suum redimere voluit:* ed io volentieri la estenderei al padre, al figlio, ed al coniuge dello accusato, specialmente in delitti capitali (1).

(1) Questa regola di umanità, e meglio dirò di assoluta giustizia, la quale non mai permette che la legge penale esiga si conculchino gli affetti di natura, si è riconosciuta dai codici contemporanei, ma soltanto per ammettere una diminuente. Così il codice Spagnuolo all' art. 316 dispone che si punisca con una multa eguale al fatto donativo, quando il subornatore sia l' ascendente, discendente, coniuge o fratello dell' accusato a favore del quale si corruppe il giudice: lo stesso dispone il codice Portoghese all' art. 321 §. 2, ove riduce in tal caso la pena alla multa di uno a sei mesi di rendite; il codice Napoletano che all' art. 203 riduce la pena al primo grado di prigionia o confino, e nei casi più leggeri alla sola ammenda correzionale. Il caso di un giudice che dolosamente sottragga alla forca un colpevole si esamina dal Carpzovio nella *decis.* 184.

§. 2564.

La seconda fondasi sull'*Auth. novo jure, C. de poena judic.* a favore di colui che dopo aver corrotto il giudice lo denunzi alla giustizia. Qnesta seconda eccezione può apparire repugnante sotto il punto di vista morale, ed avere la sembianza di un incoraggiamento al delitto e di una impunità accordata alla delazione. Sotto il punto di vista politico si sostiene per lo sperato vantaggio di generare diffidenza nei magistrati, e tenerli indietro dal lasciarsi corrompere nel pensiero che il loro corruttore dopo ottenuto il benefizio si esonera da ogni pericolo col denunciarlo; e si sostiene eziandio per la considerazione del difficile scuoprimento di questo delitto consumato ordinariamente in segreto fra due persone, le quali nel pericolo della pena comune hanno una cansa di perpetuo silenzio. Ma anche sotto il punto di vista giuridico può quella eccezione ragionarsi osservando che il privato portando reclamo contro il magistrato corrotto faccia presumere di avere per coazione e contro sua voglia ceduto alle esigenze di quello, e così spogliandosi della veste odiosa di corruttore assuma la candida figura di vittima di una concussione.

§. 2565.

La penalità di questo reato fu in antico gravissima. Gellio ci trasmette il frammento delle XII tavole che lo dichiarò delitto capitale — *Si judex arbiterve jure datus ob rem judicandam pecuniam*

accepsit capital esto (1). Il codice Sardo all'art. 217 218 distingue se la corruzione fu diretta ad ottener *cosa giusta,* e la punisce con la multa del triplo; con la interdizione dell' uffizio se fu diretta a *cosa ingiusta.* Ma l'art. 221 provvede con maggior rigore alla corruzione dei giudici, ed oltre la interdizione li punisce con la relegazione fino a cinque anni se sono giudici civili, e non minore di cinque anni (art. 222) se sono giudici criminali; aumentando però la pena di questi ultimi in caso di sentenza condannatoria ottenuta per corruzione, sulla proporzione della condanna proferita. Il codice Toscano (art. 175) mentre riconosce la consumazione del reato nel solo contratto, commina la multa e la interdizione temporaria fino a cinque anni, se la corruzione dirigevasi ad atto giusto: aumenta la interdizione a sette anni se l'atto era ingiusto; e in questo secondo caso vi aggiunge il carcere se il contratto ebbe la sua esecuzione. Nell' art. 176 emette anch' esso provvigioni speciali contro la corruzione che ha per scopo decisioni amministrative o giudiciarie: ed in questo caso minaccia anche la carcere da due a sei anni, e la casa di forza in caso di sentenza condennatoria, da aumentarsi in proporzione della condanna inflitta al seguito di baratteria.

(1) Anche le antiche leggi di Spagna punivano con l' esilio perpetuo e la confisca dei beni il giudice che si era lasciato corrompere: *partida* 3, *tit.* 22, *ley* 25; la qual pena fu poi mitigata grandemente nella *ley* 30; *tit.* 15, *lib.* 2, degli Ordinamenti, che la ridusse alla pecuniaria ed alla perdita dell' impiego. Ma perchè questa riforma aveva letteralmente permesso ai giudici di ricevere piccole cose da

mangiare e da bere purchè in esigua quantità, così dovette cancellarsi tale limitazione; e la *ley* 56, *tit.* 5, *lib.* 2, della *Nueva Recopilacion* espressamente interdisse agli ufficiali giudiciarii ed amministrativi l' accettazione di qualsisia dono anche minimo di vittuaria, mantenendo però la pena alle miti proporzioni suddette. Furono più severe le antiche Ordinanze portoghesi (*lib.* 5, *tit.* 71, §. 1) le quali parificando il giudice corrotto ed il suo corruttore minacciarono l' esilio temporario o perpetuo secondo i casi giungendo fino alla morte, oltre la perdita dell' ufficio. Anche in Inghilterra sotto il Regno di Edoardo III fu punito delle forche il giudice *Thorpe* per corruzione: Blakstone *book* 4, *chap.* 10, §. 17 — Laya *code pénal anglais art.* 13. Nel Regno napoletano furono senza numero le Prammatiche sanzioni che successivamente tentarono di porre un argine al delitto di corruzione, partendo da quella di Ferdinando I d' Arragona del 3 agosto 1490 fino a quella di Filippo IV del 24 decembre 1621; che si leggono nell' Alfeno Varlo *pragmaticae vol.* 2, *pag.* 572. Nella pratica la pena della corruzione può dirsi che fosse arbitraria; il più spesso trovasi pecuniaria, Prati *resp.* 2; talvolta fu estesa anche alla galera, ma il Giurba (*consilia criminalia, consil.* 72) accusò d' insolito questo rigore e meritevole di censura. Fra le penalità usate contro i giudici barattieri trovasi notata nei pratici anche la inabilitazione a fare da testimone in un testamento: Schultes *quaestiones practicae quaest.* 12. Più e diverse bolle in varii tempi emanate dai Romani Pontefici contro la corruzione degli ufficiali della Curia Romana e contro i loro corruttori si raccolgono dal Censalio *comm. in leg. unica cod. si quis Imperatori maledixerit pag.* 70. Questo reato sembra che nell' antica Germania fosse molto frequente se è vero ciò che scrive Merkel nella sua dissertazione *de Republica Alamannorum, Berolini* 1849, *pag.* 20 — *Denarius dat sententiam quia munera judicum oculos excoecant.* Rigorose sanzioni si dettarono in Russia contro i giudici corrotti con varie leggi che succederono al *Sandenik*

promulgato da Iwan IV nel 1554, nel quale (notisi di passaggio) si manteneva la promiscuità dei giudici e dei giurati, mentre la istruzione dei processi si affidava ad uomini eletti dal popolo: Zezas *legislation Russe, pag.* 104; il quale (*pag.* 118) narra che i giudici per eludere queste leggi tenevano nell' anticamera la immagine di un santo ai piedi della quale i litiganti depositavano la loro borsa sotto pretesto di fornitura di cera. E questo rigore non si modificò fino alla pubblicazione del codice penale dell' Imperatore Niccolò avvenuta il 31 del 1833. Codice diligentato sovra tutti fino allo eccesso, poichè si compose (la sola parte penale) di 2224 articoli; ma al tempo stesso lodevole per sufficiente benignità, poichè abolì la pena del Knout, e mantenne in parte l' abolizione della pena di morte, assolutamente tolta con decreto di Elisabetta II del 30 settembre 1745, ripristinandola soltanto pei delitti militari, politici e sanitarii. Molti codici moderni nei casi più leggieri di corruzione si limitano ad infliggere pena pecuniaria e sospensione temporaria dall' uffizio: così il codice Portoghese del 1852 all' art. 318. Ma Ferrao nel suo commentario (*vol.* 6, *pag.* 227) censura questo sistema, osservando il grave pericolo di pretendere onestà dal giudice che ritorna all' ufficio dopo avere passato tre anni senza stipendio, ed essersi indebitito per pagare la multa; e ricordando il proverbio che quando la necessità picchia all' uscio la virtù fugge dalla finestra, conchiude che il mezzo migliore per impedire le corruzioni è quello di pagar bene gl' impiegati, e se malgrado ciò sono disonesti levarseli dattorno per sempre. Anche Pacecho esordisce il suo commento all' art. 314 del codice Spagnuolo declamando sulla gravità di quella che egli chiama *durezza* e *severità* del codice stesso contro la corruzione: ma quando poi si volge lo sguardo alle penalità di questo codice troviamo al solito che tutto finisce in multe ed interdizioni, tranne il caso che la corruzione tendesse ad un altro delitto, il quale naturalmente dovrà fornire la misura della penalità con un aggravamento. Certamente è duro

lanciare un impiegato con la sua famiglia in mezzo alla strada, o per qualche anno, o per sempre: ma tutte le volte che si carcera un povero artigiano carico di figli non ne consegue egli la miseria di quei meschini? Per quanto le pene non siano direttamente aberranti, lo divengono sempre indirettamente per certe speciali condizioni delle famiglie. È una necessità sociale, dolorosa, ma inevitabile, ed i lamenti della compassione devono essere comuni a tutte le classi. Guardata poi sotto un altro punto di vista io trovo che la penalità limitata per questi reati alla interdizione ed alla multa può essere invece elusoria. Supponete una lite di milioni, o un ricco in pericolo di condanna capitale; il premio della corruzione può bene superare lo stipendio e la multa: ed allora quella penalità che si deplora come severa diviene evidentemente inetta.

Titolo III.

Concussione.

§. 2566.

La parola *concussione* deriva dal latino *concutere* (1): e rappresenta la idea di scuotere un albero per farne cadere i frutti. In questo suo concetto generale la *concussione* sarebbe il delitto di tutti coloro che adoperano la violenza contro altri per estorcerne denaro. Ma sebbene trovisi da taluno adoperato il vocabolo *concussione* in questo senso più lato (2), prevale però nella scienza ed appo i migliori criminalisti la più ristretta applicazione di quella parola.

(1) Varia Calvino *(lexicon juridicum, verbo concussio)* il quale spiega così la parola — *Concussio dicitur*

quasi commotio totius animi ob aliquam imminentem violentiam. Porro concutio, a con, *et* quatio, *mutatis in compositione literis, significat proprie, totum moveo injiciendo terrorem.*

(2) Il significato della parola *concussione* che ne coarta la idea al timore incusso mediante pubblica potestà, è il più conforme alla autorità del giure romano ed il più accettato nella pratica italiana. Gli alemanni facilmente adattarono il titolo di concussione ad ogni furto violento: Carpzovio *Praxis criminalis pars* 2, *quaest.* 90, *n.* 66, e persino alla ragion fattasi: Mullero *Promptuarium, verbo concussio n.* 2 — *Responsa Tubingensia vol.* 8, *consil.* 85, *n.* 3 — Puttmann *Elementa juris criminalis* §. 194. La Carolina all' art. 128 aveva preveduto i furti commessi mediante violenza pubblica; onde i commentatori richiamarono sotto quell' articolo anche il titolo di concussione.

§. 2567.

La *concussione* (1) si specializza pertanto nel fatto di coloro che estorcono un lucro da altri *metu publicae potestatis.* Se ad ottenere l' indebito lucro si è minacciato soltanto l' uso della forza privata, non più si ha il delitto contro la pubblica giustizia, e nascono i titoli di *estorsione,* o di *furto violento* che trovammo nei delitti contro la proprietà. Il concetto obiettivo finale è lo identico: spoglio del patrimonio altrui mediante incussione di timore. Ma quando il timore si fa derivare da forza *pubblica* e non da forza *privata*, s' incontra un obiettivo prevalente nel mezzo adoperato; e questo obiettivo stando nella giustizia pubblica a cui tutti i cittadini hanno diritto, il reato diviene sociale.

(1) Bibliografia — Menochio *de arbitrariis cas.* 342, *n.* 10 *et seqq.* — Farinaccio *praxis criminalis quaest.* 111, *art.* 3 — Rondinello *de syndicatu officialium n.* 53 — Deciano *Tractatus criminalis lib.* 8, *cap.* 33 *ad* 40 — Scannarolo *de visitatione carceratorum* §. 13, *cap.* 6, *pag.* 185, *n.* 4 — Cyriacus *controv.* 486 — Ursaya *Institutiones criminales lib.* 2, *tit.* 5, *n.* 243 — Prateio *lexicon juris civilis, verbo concussio, pag.* 126 — Mastrillo *de Magistratibus lib.* 6, *cap.* 8, *n.* 29, 32, *et* 33 — Boehmero *decisiones tom.* 3, *pars* 3, *decis.* 823 — Schiltero *exercitatio* 49, §. 38 — Cremani *de jure criminali lib.* 2, *cap.* 4, *art.* 2, §. 10 — Boehmero *Novum jus controversum observ.* 41 — Donello *jus civile lib.* 15, *cap.* 40 — Hilligero *de concussione* — Meister *Principia juris criminalis cap.* 19 — Engau *Elementa juris criminalis* §. 546 — Mellio *Institutiones juris criminalis Lusitani cap.* 4, §. 15 — Koch *Institutiones juris criminalis* §. 563, *et seqq.* — Hommel *Rhapsodiae, observatio* 634 — Romano *Istituzioni di giurisprudenza penale vol.* 2, *cap.* 25, §. 8 — Giuliani *Istituzioni di diritto criminale vol.* 2, *pag.* 149 — Puccioni *Saggio di diritto penale pag.* 347.

§. 2568.

I criterii costitutivi della concussione sono dunque:

1.° Che siasi agito per ottenere un lucro.

2.° Che questo *lucro* fosse *indebito.*

3.° Che al fine di ottenere il lucro siasi adoperata come mezzo la minaccia di un atto di pubblica *autorità* (1).

(1) Questa formula è generale ed adegua tutti gli abusi della pubblica potestà senza distinzione di grado. Ma se tutti si adeguano nella *nozione* non è però che il giudice non

debba tener conto della *diversa potestà* che servì ad incuter timore, pel fine di desumerne un criterio *misuratore*. Fra la gravità di una concussione commessa da un ufficiale di *alto rango* e la concussione di un *gabelliere*, vi è tanta differenza di gravità politica che non può non sentirsi dal giudice nello applicare la pena. Oggidì si contemplano dalle leggi veglianti le concussioni tutte in un fascio, lasciando ai giudicanti la cura di valutare le differenziali anzidette nella misura della penalità. Appo gli antichi si dettarono secondo il bisogno sanzioni diverse, per esempio contro i *Proconsoli* concussionarii, e contro le concussioni dei pubblicani le quali si punirono più mitemente. Infatti l' editto pretorio riferito alla *l.* 1, *ff. de publicanis* minacciava contro i furti e le concussioni di costoro la pena del *duplo*, e così una punizione inferiore a quella del furto manifesto: lo che diede occasione alla questione del moltiplico del duplo in caso di più pubblicani condelinquenti, come dalla *l.* 6, *ff. de publicanis*, sulla quale è a vedersi Bylderdyk *observationum juris lib.* 1, *cap.* 27, *pog.* 169. Minuziosa nel descrivere i criteri misuratori di questo malefizio fu (secondo il suo stile) la costituzione Teresiana, che all' art. 68 §. 3 e 4 dispose doversi principalmente tener conto della *gravità* del male minacciato; dell' *audacia* spiegata nel minacciare; e del *danno* effettivamente patito dalla vittima: Banniza *delineatio juris criminalis* §. 427, 428. Altri legislatori tennero conto anche in questo reato dello *ammontare delle somme* estorte; così mentre il codice Francese del 1810 all' art. 174 minacciava indistintamente la reclusione contro il pubblico funzionario e la carcere fino a cinque anni contro i suoi complici privati, il nuovo art. 174 modificato per la riforma del 1863 prese per punto di partenza la somma di trecento franchi mantenendo la pristina penalità per le concussioni superiori a quella somma, e riducendola per le inferiori al carcere fino a cinque anni contro i pubblici funzionarii, ed al carcere fino a quattro anni contro i partecipanti privati. Vedasi Pellerin *Commentaire de la loi* 18

avril, et 13 *mai* 1863, *pag.* 78, e Blanche *Troisième étude* §. 375, *pag.* 646.

§. 2569.

In ordine al *lucro* ricorre qui la regola generale che è comune a tutti i casi nei quali il lucro costituisce il criterio essenziale di un malefizio: vale a dire che nella ricerca sulla *essenzialità* del malefizio non si distingua se il lucro fu grande, o piccolo; se consistè in *denaro* o in altra *cosa appetibile;* od anche nella sola remozione di un danno.

§. 2570.

Si pone poi come secondo estremo che il lucro debba essere *indebito,* poichè altrimenti l' ufficiale sarebbe nel suo diritto esigendo quello che a lui è dovuto. Chè se per farsi pagare un suo credito il magistrato si è valso in un modo irregolare dei propri poteri, potrà essere tenuto a calcolo per abuso di autorità, o meglio per ragion fattasi qualificata da simile abuso, ma non mai addebitarsi di concussione.

§. 2571.

Il terzo elemento, cioè la *minaccia di un atto di pubblica autorità,* apre l' adito alla distinzione fra concussione *propria* e concussione *impropria.* È *propria* se l' autorità minacciata era *vera:* è *impropria* se l' autorità minacciata era *finta.* E sempre rimane fermo che la essenzialità del reato consiste nello incutere il timore di una potestà pubblica (1).

(1) Melchiorri *miscellanee criminali miscel.* 3, *pag.* 15, *e* 16.

§. 2572.

Ma il vero ufficiale può estorcere denaro dal privato, o *palesemente* minacciando di abusare dei suoi poteri se non gli si dà denaro: o *occultamente* ingannando il privato con dargli a credere che quel denaro sia veramente dovuto. Di qui nasce la suddivisione della concussione propria in *implicita* ed *esplicita.* È *esplicita* se l' ufficiale minaccia un atto del proprio potere che confessa ingiusto: come colui che minacciasse di arrestare, esiliare, sottoporre a precetti, o simili, se non gli si dà denaro. È *implicita* se l' ufficiale dà a credere al privato che gl' incomba un pagamento che per giustizia non sarebbe dovuto: come se il camarlingo aumenti la cifra nelle intimazioni al pagamento delle tasse; o un cancelliere, un registratore, e simili, chiedano un dazio indebito, o superiore a quello dovuto. In ambo i casi vi è l' abuso di autorità per fine di lucro: ma nel primo caso l' abuso è *palese,* nel secondo è *latente.* In ambo i casi il privato che paga ingiustamente, paga *metu publicae potestatis;* meno che nell' uno sa di patire un sopruso; nel secondo lo ignora. In ambo i casi peraltro egli è immune da responsabilità penale, e figura soltanto nel reato come soggetto passivo, a differenza del corruttore che se ne rende partecipe. Ne va immune nella concussione *esplicita,* benchè sappia di pagare ingiustamente, perchè lo scusa il timore: ne va immune nella concussione *implicita,* perchè lo scusa l'errore (1).

(1) E sempre torna vera la formula comunemente adottata dai criminalisti; *concussio differt a repetundarum crimine quia in hoc sponte dat, in illo ob metum:* Textor *praxis judiciaria pars* 2, *cap.* 9, *n.* 136. Nè è necessario alla concussione che il male minacciato sia grave e permanente: basta anche la minaccia di semplici molestie e persecuzioni: Burgers *singularium observationum, centuria* 1, *observ.* 73.

§. 2573.

Taluno osservò che la concussione *implicita* dovea tenersi come politicamente più grave della *esplicita*, perchè se questa genera odio contro l'impiegato, quella genera odio verso il governo che viene a farsi credere impositore di tasse esorbitanti. Siffatta opinione peraltro non è in generale accolta nelle legislazioni.

§. 2574.

Non credasi peraltro che sia tanto agevole in pratica delimitare la *concussione* dalla *corruzione* (1). Quanto è pronunziata e netta la linea che separa tali reati sotto il punto di vista delle conseguenze giuridiche (perchè tutti vi dicono che il privato nella corruzione è un condelinquente, un soggetto attivo pur esso del malefizio, mentre nella concussione esso non ne è che il soggetto passivo non imputabile) altrettanto quella linea è diafana e quasi indefinibile sotto il punto di vista delle *condizioni*. Ma appunto la gravità delle conseguenze differenziali renderebbe più importante, se fosse possibile, lo studio di una formula atta a prevenire ogni equivoco.

(1) Si disputò fra i pratici se fosse più grave il delitto di corruzione o quello di concussione. Ed a molti piacque sostenere la prevalente gravità della corruzione sopra la concussione, per argomenti (a parer mio) più speciosi che solidi; che si leggono raccolti da Velasquez nel suo trattato *de judice perfecto pag.* 122 *et seqq.* Non credo si possa sciogliere tale questione con una proposizione assoluta, troppo essendo variabile la gravità relativa dei due malefizi in ragione dei modi e degli effetti.

§. 2575.

Finchè si configura il caso semplice ed ovvio, tutto par facile. Ma non sempre l'ufficiale si dirige a fronte scoperta contro il privato dicendogli, o dammi cento o ti faccio prigione, o dammi cento o ti do contro la sentenza. Cotesti modi sono troppo grossolani, e perciò sono appunto i più rari. L'impiegato venale non chiede, ma fa capire che prenderebbe: non minaccia, ma fa nascere il timore della sua potestà (1). Allora il privato (abbia o non abbia giusta ragione di temere) capisce e teme; ed offre il denaro. Non è desso l'autore del pensiero criminoso: egli avrebbe volentieri fatto a meno di quel sacrificio; avrebbe fidato nella sua coscienza e nella giustizia delle sue ragioni; ma gli si è fatto conoscere che lo aver ragione non bastava; che occorreva *sapersi raccomandare:* ed egli ha subito questa forma di raccomandazione come una dura necessità dolorosa per lui. È costui un *corruttore* meritevole di essere punito, o piuttosto una infelice vittima dell'altrui malvagità? Ecco il punto che io credo delicatissimo e difficile a definirsi.

(1) È notissima quanto pur troppo vera la sentenza del poeta — *est rogare ducum species violenta jubendi.* La sentenza è vera: ma quando trattasi di giudicare un fatto *unico* senza corredo di antecedenti, chi penetrerà nel segreto scrittojo per sorprendere il primo colloquio criminoso onde affermare se fu il privato che *offrì* o se fu l' ufficiale che *chiese*, per decidere se il privato debba punirsi come correo, o compiangersi come una vittima? Delicatissimo giudizio.

§. 2576.

Ripeterò a questo luogo una osservazione da me fatta altrove per l' analogia che presenta. È vezzo comune dei mariti traditi di designare il fortunato rivale con la formula *seduttore di mia moglie:* ma i poveretti non sanno che colui forse resistè lunga pezza agl' inviti ed alle arti femminee con le quali fu adescato a violare quel talamo. Lo stesso può avvenire nel tema presente: con questa differenziale però che se il giovine quantunque adescato allo adulterio dalle fine arti della maritata è sempre un delinquente, il privato che per le arti di un pubblico ufficiale siasi arreso a comperarne il favore non è sempre un colpevole. Quello potrà aver subito una istigazione, ma ebbe sempre la coscienza di violare il diritto altrui, e volontariamente lo violò. Questi potè non avere in animo di danneggiare alcuno, ed agire soltanto per il fine di tutelare il proprio diritto, di sottrarsi ad un pericolo che a lui sovrastava, liberandosi o dalla prigione o dal precetto serale o da altra molestia. Se pertanto in altri reati può non essere di grande importanza distinguere il seduttore dal sedotto, tale importanza diviene capi-

tale quando si tratta di decidere se al fatto materialmente dimostrato di un magistrato che incassò indebitamente denaro si debba attribuire il titolo di *corruzione* o il titolo di *concussione;* e se la donna che pagò del suo corpo la scarcerazione del proprio marito debba punirsi come una scellerata subornatrice o compiangersi come una vittima dell' altrui malvagità.

§. 2577.

Piacque a taluno in questa difficile ricerca suggerire il criterio degli *antecedenti* del pubblico ufficiale. Ad avere la corruzione bisogna trovare il suo speciale oggettivo nel *pervertimento* dell' animo del magistrato, e non in altro. Infatti anche l' atto lecito e giusto per cui siasi preso denaro lascia sussistere nella sua pienezza il reato di corruzione. Se è dunque tale il vero oggettivo di questo reato, voi dovete (si prosegui) porre come estremo costitutivo di tale specialità la *integrità precedente* del pubblico ufficiale. Al modo stesso che voi non potete punire come colpevole di stupro un giovine che s' impacciò carnalmente con femmina dissoluta, così non potete applicare la taccia di corruttore a quel privato che si prestò a dar denaro per atto di ufficio ad un ufficiale che ne pigliava da tutti. Correndo su questa idea, da molti si disse che se il privato accusato di corruzione avesse dimostrato che l' ufficiale, preteso corrotto da lui, già aveva precedentemente venduto ad altri i propri favori, egli dovesse andare esente da ogni pena. E questa conclusione non solo è giusta ed accettabile sotto un punto di vista politico, ma è strettamente logica come de-

duzione del criterio cardinale di questo malefizio. Simile conclusione può apparire perplessa finchè la si esprime con la formula *esimere da pena*, che quasi suona una grazia. Esprimetela invece con la sua vera formula, e la vedrete chiarissima. Dite che quando il giudice era per lo innanzi incorrotto, il privato che, profittando forse di uno straordinario bisogno in cui versava quel magistrato finqui purissimo, giunse a sedurlo, è un vero colpevole che ha offeso la società contaminando la illibatezza di quel suo magistrato; e dichiaratelo corresponsabile di *corruzione*. Dite invece che quando il pubblico ufficiale ha posto a mercato la sua autorità, il delitto è di *concussione;* perchè i privati si rassegnarono benchè reluttanti alle esigenze di quello per non provocarne gli sdegni, e subire le tristi conseguenze dei medesimi a detrimento dei loro diritti o personali o reali: ditelo perchè la società ponendo i poteri in mano di simil gente è colpevole anch'essa, e non è giusto che la sua negligenza ricada sul capo dei cittadini che ne sopportarono gli effetti: ditelo, perchè la scienza v' insegna che la criminosità della corruzione non si cerca nel decreto o nell'atto eseguito per prezzo, ma nella contaminazione dell' animo del pubblico ufficiale: e movendo su queste ragioni avrete giustificato la differenza del titolo e delle conseguenze.

§. 2578.

Avvertite però che se pigliate questa linea, rischiate forse di non trovare più buone le regole che io pure riproduco in *proposito dell' autore del*

reato nella corruzione. Seguitando la comune scuola ed i precetti di Carmignani, dai quali (checchè si vada dicendo da qualche sciolo) non mi diparto giammai senza gravi cagioni e senza manifestare la mia scissura, io pure ripeto con gli altri che nel reato di *corruzione* l'*autore principale* del delitto è il pubblico ufficiale, ed il privato corruttore non è che un *complice;* e ripeto pure la conseguenza che si tragge da tale premessa, che la proferta del dono non costituisca nel privato il *tentativo* di corruzione. E questa comune teorica insegnai ed insegno come la più ricevuta. Ma a questo luogo io mi permetto di osservare che quando, per determinare nettamente i confini fra la corruzione e la concussione, si stringesse tutta la oggettività giuridica del primo reato nel pervertimento dell' animo del magistrato, potrebbero forse non mancare a taluno buoni argomenti per dubitare della regola comune.

§. 2579.

Non ammetto dubbio possibile nei termini di *mandato, instigazione* od *associazione a delinquere.* Il mandante, il socio, lo instigatore non sono *attentanti* del delitto al quale dirigevano le loro volontà. Ma ciò è incontrastabile per il motivo che il *mandato,* l' *associazione,* la *instigazione* non *incominciarono la esecuzione del delitto* al quale tendevano: dopo di loro doveva sorgere un' altra fase di fatto; ed era quella con cui si esordiva la aggressione di quel diritto che dal mandato e dalla associazione non erasi ancora attaccato. Tuttociò è positivo e chiarissimo. Ma se l' oggetto del reato di corruzione non

lo trovate nel diritto del terzo o del quarto, che si comincerà ad aggredire dal magistrato quando porrà mano a far l'atto di ufficio da lui venduto; e lo trovate invece nel *pervertimento* dell' animo del pubblico ufficiale, vi fugge di mano la parità ed anche l'analogia fra il caso ordinario della istigazione a delinquere, e la speciale istigazione consistente nella proferta di un donativo allo ufficiale.

§. 2580.

Nello anzidetto concetto la fase criminosa si esaurisce tutta con l'accettazione del dono, e con la correspettiva promessa del favore. Non vi è una seconda fase di fatto *da cominciare*, e che non sia ancora esordita: ed in quella prima fase criminosa il privato subornatore fu un agente principale. Il diritto aggredito dal malefizio che ne forma l'oggetto è il diritto che ha la società alla illibatezza dei suoi funzionari, e non può negarsi che il privato dando opera a sedurre l'ufficiale aggredisca direttamente tale diritto. Rimpetto ad una simile oggettività il privato interverrebbe nel malefizio come prima causa morale, e come causa fisica nel tempo stesso. Non vi sarebbe più dunque repugnanza a ravvisare un tentativo punibile nella sua azione, quantunque sia il massimo degli errori ravvisare un tentativo nel mandato o nella istigazione a delinquere, perchè le due forme criminose differiscono nella loro oggettività giuridica. La istigazione accolta ed il mandato accettato non si sottopongono a punizione per serbare pura ed onesta la persona dello istigato o del mandatario, ma perchè il mandato o la istigazione

furono la causa morale dell' aggressione del diritto consecutivamente assunta dal mandatario o dallo istigato. Laddove la corruzione di magistrato si punisce per rispetto alla pubblica giustizia, e perchè la probità dei magistrati serbisi incontaminata ed immune da ogni sospetto. Tanto è ciò vero che il reato è perfetto ancorchè la corruzione non sia stata susseguita da offesa di ulteriori diritti.

§. 2581.

Altri al fine di stabilire una linea certa di separazione fra la *concussione* e la *corruzione* nello interesse di decidere quando dovesse o no involgersi nella responsabilità penale anche il privato che diede denaro al pubblico ufficiale, prese un diverso avvio. Questo avvio pare non dispiacesse anche ai sapienti compilatori del codice Austriaco (1). Distinguasi (fu detto) se l' atto per il quale si promesse o si diede denaro al pubblico ufficiale era *giusto* od *ingiusto*. Se l' atto era *ingiusto* non potete più parlare di *concussione;* il privato che lo volle e lo comprò con denaro non può più atteggiarsi a vittima, nè sottrarsi agli effetti di una volontà che in lui non potè non essere decisamente malvagia. Ma se al contrario l' atto era *giusto* voi non potete più parlare di *corruzione,* nè potete mescolare nella pena quel cittadino che in faccia alla venalità del giudice si trovò costretto a confidare più nella forza dell' oro che nella forza della ragione: se il privato dovette fare un sacrificio pecuniario per ottenere l' atto giusto deve sempre credersi che ei lo facesse perchè la improntitudine dello ufficiale lo rendeva necessa-

rio: deve sempre credersi che ei lo facesse *metu potestatis;* per il timore cioè che i suoi diritti quantunque sacrosanti si sarebbero conculcati dall' ufficiale per vendetta di non essere stato pagato. Il privato è allora un mero soggetto passivo del malefizio. Violazione della giustizia nella *sostanza* egli non conobbe nè volle: la violazione della giustizia nella *forma* è tutta colpa della venalità dello ufficiale; il privato non fece che sottostarci a scapito della propria borsa.

1) Il codice Austriaco del 1852 al §. 105 ha contemplato come delitto speciale il fatto del privato che tenti corrompere con doni un pubblico ufficiale. Ne ha rilevato il titolo di *seduzione ad abuso di ufficio;* e lo ha punito col carcere da sei mesi ad un anno. Sanziona però una distinzione giustissima; poichè mentre è crimine nel pubblico ufficiale lo accettare donativi anche per fare cosa onesta o doverosa nel proprio ufficio, nel privato seduttore alla essenzialità criminosa occorre che abbia profferto il dono al preciso fine di ottenere cosa contraria al dovere dell' ufficio. È pertanto di necessità che risulti nel privato la coscienza della ingiustizia dell' atto che sollecita mediante seduzione, ed ogni volta che possa credersi avere quegli opinato che l' atto fosse giusto sparisce in lui ogni criminosità. Così fu detto (e giustamente a mio credere) che una madre la quale abbia fatto donativi ad un capo di uffizio per ottenere la nomina del proprio figlio ad un impiego non è colpevole di seduzione, perchè naturalmente quella madre credeva il suo figlio meritevole dello impiego che chiedeva, e giusto il conferirglielo. Questa distinzione è piena di senno: il privato che paga l' atto lecito mentre avrebbe dovuto essere gratuito, sacrifica i propri averi alla avidità vera o supposta dello impiegato del governo, e non ha la coscienza di delinquere. L' impiegato al contrario delinque sempre col rendere venale l' atto di uf-

fizio quantunque lecito ed onesto in sè stesso. Là si esige la offesa alla giustizia nella *sostanza*: qua basta che si offenda nella forma. Non può però dubitarsi che anche la offerta di dono per atto lecito possa essere punibile come ingiuria al magistrato quando questi se ne dolga, perchè quella offerta contiene implicitamente l'accusa di venalità contro l'ufficiale a cui credesi necessario di offrire un premio onde faccia il dovere suo. Del resto non è una specialità di questo delitto che la istigazione diretta al giudice per indurlo a vendere la giustizia, e non accolta dal magistrato, sia punibile come una *ingiuria*. Ciò trovasi stabilito come massima generale applicabile a tutte le istigazioni non accolte per vari monumenti della giurisprudenza toscana; come il decreto del turno del 15 decembre 1826 in affare di Colle contro *Orazio Pigna*, riferito dal Catellacci alla parola *ingiuria*, ed altri. È però da avvertirsi che a questo appiglio dovette ricorrere la giurisprudenza toscana per la mancanza di un testo di legge che punisse la istigazione non accolta. Sotto il codice che prevede questo speciale reato il titolo supplementario d'*ingiuria* verrebbe a scomparire.

§. 2582.

Secondo questa opinione la giustizia od ingiustizia dell'atto comperato, che è un *accidens* rispetto alla colpevolezza del pubblico ufficiale, diverrebbe un criterio essenziale in ordine alla corresponsabilità del privato. Tale sistema ha un punto di vista morale che alletta; e può anche coordinarsi ai principii giuridici come argomento di presumere la libertà, o non libertà del consenso nel privato cittadino. Il pericolo di tale sistema sta unicamente nella difficoltà di determinare praticamente la coscienza nel privato cittadino della giustizia od ingiustizia di ciò che chiede; perchè ogni privato può credere di aver

ragione quando non l'ha; e può anche dire di crederlo anche quando non lo crede. Queste sono le pallidissime linee delle quali trovo traccia negli scrittori per tentare una formula delimitatrice nelle pratiche contingenze di due titoli di reato che quantunque affini in apparenza distano *toto coelo* l'uno dall'altro, quanto dista rapporto al privato cittadino la sua condanna dalla sua assoluzione, la confisca del suo denaro dal ricupero del medesimo. Spetta alla prudenza del giudice cercare nelle circostanze dei casi più sicuri criterii; ma quante volte apparisca loro in qualche modo dubbiosa (1) la pravità d'intenzione nel privato, adottino pure con coraggio il titolo di concussione a preferenza di quello di corruzione, serbino la severità loro contro la perfidia dell'ufficiale e la loro pietà verso il privato, e vivano sicuri che la pubblica opinione renderà omaggio alla loro giustizia. È però vero che i giudici avranno rara occasione di porre in opera questi consigli per la deplorabile rarità (2) delle accuse di concussione.

(1) La regola che in dubbio si debba presumere piuttosto la concussione che la corruzione, non manca di appoggio nella dottrina dei pratici: Deciano *Tractatus criminalis vol.* 2, *pag.* 353, *lib.* 8, *cap.* 38, *n.* 17 — *quia omnes regulariter timent potestatem et potentiam judicis.*

(2) Un fenomeno singolare ferisce l'animo dello studioso nella materia della concussione. Mentre tutte le giurisprudenze abbondano d'innumerevoli casi pratici in ogni genere di delitto, pochissimi monumenti s'incontrano in materia di concussione *propria*. Sostenere a spiegazione di ciò che in tutta Europa pel corso di oltre tre secoli tutti gl'impiegati superiori ed inferiori si siano costantemente astenuti dallo

abusare di loro potestà e dal carpire indebiti lucri sugli amministrati, sarebbe cosa alla quale non so se occorresse maggiore audacia per affermarla o maggiore ingenuità per crederla. Bisogna dunque ricorrere allo spirito di corpo, e ad una connivenza più o meno elastica dei governi. L' impiegato *corrotto* tradisce il governo, o questi nella sua gelosia e nel proprio pericolo ha interesse a punirlo. L' impiegato concussionario offende meramente i privati, tiene in lena l' autorità, trova facile protezione, e facili scuse. La storia della legge Calpurnia ci mostra quanto siano gravi le difficoltà che attraversano il cammino agli amministrati quando vogliono ottenere giustizia contro i loro amministratori. Io stesso in trentasette anni di esercizio della difesa criminale mentre ho patrocinato accusati di ogni genere di delitto non ho veduto che un solo caso di concussione. Era il Camarlingo di un piccolo comune che nelle cartelle della tassa personale aggiungeva alle poste dove cinque e dove dieci centesimi. Fu fatto un gran processo e richiamati tutti i contribuenti, e confrontati i mandati col dazajolo si trovò che colui si era arricchito in tutto della somma di toscane Lire 20 e soldi 5. Era una mosca caduta nella tela di Aracne. Però fu tradotto il 29 aprile 1856 innanzi alla Corte criminale, e posto in pericolo della casa di forza. Anche fra gli scrittori trapelò una simpatia per questa specie criminosa. Rousseaud De la Combe (*Matières criminelles pag.* 97) mentre con molti altri criminalisti antichi confonde la concussione con la corruzione, si fa sollecito di avvertire che in questo reato bisogna andar cauti, e richiedere una prova ben solida e concludente, perchè si tratta di condannare un magistrato. Taluno penserebbe che ogni qual volta si tratta di condannare una umana creatura a grave pena debba sempre essersi scrupolosi nel desiderare la piena prova della colpevolezza, e che la regola in *dubio pro reo* non dovesse insegnarsi come eccezione a favore di una classe speciale di accusati!

§. 2583.

Sia che vuolsi di queste opinioni certo è che la corruzione non è un delitto *formale* perchè ha bisogno di un *evento*, e lo evento sta nell' ottenuto assenso od accettazione dell'ufficiale; cosicchè male si direbbe che si consumi con la sola azione senza passione. La concussione al contrario è veramente un delitto *formale*, perchè alla sua consumazione non è necessario che il privato abbia realmente dato il denaro che si voleva a lui carpire o col timore o con lo inganno. Il delitto si esaurisce con la sola azione del pubblico ufficiale diretta allo inganno od alla intimidazione altrui. Questa azione dovrà essere completa nelle sue speciali condizioni perchè il delitto possa dirsi perfetto; ma quando essa sarà in sè completa, il malefizio sarà consumato, perchè del medesimo non si trova la oggettività giuridica nel diritto particolare, ma nel diritto universale o sociale: e l'aggressione di questo è perfetta tostochè fu esaurita subiettivamente l'azione.

§. 2584.

Rammentisi però che nei delitti sociali dove appunto non si desidera il danno effettivo particolare per dichiarare consumato il malefizio, si desidera però sempre (§. 97) il *danno potenziale*, vale a dire che l'azione abbia in sè tutte quelle condizioni che rendono possibile la consecuzione del pravo fine. Mancando anche tale potenzialità non rimarrebbe che una malvagia intenzione, un perverso disegno,

ma dispogliato di ogni danno e di ogni pericolo, e per conseguenza non suscettibile di politica imputabilità. Nella mancanza di ogni danno potenziale (1) non si ha nè concussione consumata, nè concussione tentata, perchè neppure può obiettarsi un tentativo punibile dove il difetto di potenzialità nociva presuppone necessariamente la assoluta inidoneità dei mezzi.

(1) Del difetto di tale potenzialità è facile immaginare esempi nella concussione *implicita*, cioè consumata mediante inganno. Quando un Camarlingo ad un bracciante che per ricchezza mobile è tassato di due franchi trasmetta un avviso di pagamento per lire duecento, comprende ognuno che colui dà segno di follia più che di malizia, essendo impossibile lusingarsi d'illudere a tal segno il contribuente e di ottenere cotanta somma dalla povertà di lui. Ma non è altrettanto facile esemplificare il difetto di potenzialità nella concussione *esplicita*, perchè qualunque timore basta a costituire la concussione. È perciò che i civilisti avvertono essere la eccezione della concussione più pingue della eccezione *quod metus caussa*: perchè ad ammettere questa si esige un timore grave *qui cadat in virum constantem*; mentre alla concussione basta qualsisia timore del magistrato anche lievissimo e fatuo e di piccolissimo male. Questa è regola comune fra i civilisti: Behmer *Novum jus controversum lib.* 1, *observ.* 41, *pag.* 279.

§. 2585.

Per avere il titolo di *concussione* bisogna però che il *metus publicae potestatis* sia stato la *causa diretta* per la quale il privato si arrese a patire lo spoglio dei suoi diritti per parte del pubblico ufficiale. Se questi introdottosi nella altrui casa ne mi-

naccia il proprietario con armi, od usi per altro modo la forza individuale a commettere la contrettazione della cosa altrui o la consegna di un documento, avremo l'ordinario titolo di furto violento o di estorsione, e non quello di concussione. E quando anche (come nello esempio addotto sopra a §. 2529) il pubblico ufficiale siasi valso delle sue potestà per trarne pretesto ad introdursi nello altrui domicilio, se poscia a rubare adoperò la forza individuale, la forma di concussione apparisce nel reato di violazione del domicilio, ma non fa degenerare il reato principale dal titolo ordinario di furto. Al modo stesso si avrebbe la concussione quando il pubblico ufficiale minacciando un atto prepotente di sua autorità inducesse una femmina a dargli conoscenza carnale di sè medesima; mentre non si avrebbe che un caso ordinario di violenza carnale se l'ufficiale avesse con la forza fisica soggiogato la donna, o col minacciarla a mano armata. Nè cambierebbe il titolo se per avventura l'ufficiale si fosse precedentemente valso della potestà sua per allontanare da lei un custode, e poterla così più liberamente dominare con le sue forze individuali.

§. 2586.

La ragione di ciò sta in questo, che a far degenerare il titolo dal delitto *naturale* nel delitto *sociale* occorre che l'aggressione alla pubblica giustizia sia concomitante in quello stesso atto che costituisce la consumazione del reato e la lesione del diritto *naturale* dello individuo. In una parola (dicendolo con la formula (1) di Berner) affinchè

il delitto divenga assolutamente e costantemente sociale nella ipotesi di una offesa ad un diritto naturale concorrente con la offesa al diritto sociale, bisogna che il concorso delle due lesioni sia concorso *ideale*, cioè che con lo identico atto si violino i due diritti; non sempre basta a quello effetto il concorso *reale* (o materiale) quello cioè che s' incontra quando nello svolgersi di un' azione composta di diversi momenti avvenga che in uno di questi momenti l' azione ferisca anche un diritto sociale, ed in un altro ferisca soltanto un diritto naturale. In questa seconda ipotesi sorgono le distinte figure delle due delinquenze: e soltanto le unifica (quando vi sia) il rapporto di *mezzo* a *fine*, per cui non può irrogarsi che una sola pena. Ma nel punto di vista del titolo da obiettarsi esercitano il loro influsso le regole generali della prevalenza, per cui quando nel caso semplice ed ordinario una di tali lesioni si considera per regola come principale e l' altra come accessoria qualifica, seguono ad esercitare ciascuna tali respettive funzioni, sebbene quella violazione che d' ordinario si calcola come qualifica abbia nel caso incontrato un' aggravante od una degenerante per la incidente offesa di un diritto sociale.

(1) Berner *trattato di diritto penale*, 3 *ediz. pag.* 257.

§. 2587.

La concussione *impropria* è quella che si commette da un *privato;* non con lo *abuso* (perchè il privato non ha potestà pubblica) ma col *pretesto* dell' autorità. Questo può avvenire o simulando la

esistenza di un' *autorità;* come nel caso di privati che assumono le divise di pubblici ufficiali per estorcer denaro. O simulando la *esistenza dell' ordine;* come se un privato faccia credere di agire per ordine di un magistrato che veramente è tale. Anche in questo secondo caso è sempre concussione *impropria,* perchè dell' autorità non ne ha abusato chi veramente ne era investito (1).

(1) Non sempre la usurpazione di un ufficio procede dalla veduta di estorcere indebito lucro; ed anche quando procede da veduta di lucro non sempre si estrinseca con la incussione di un timore. Questo fatto può dunque svolgersi in tre forme che sono differentissime tra di loro. 1.° *Caso* — Il privato usurpa un ufficio che non ha, oppure l' ufficiale destituito o sospeso continua abusivamente ad esercitare l' ufficio perduto per estorcere denaro *metu publicae potestatis.* Qui siamo nei termini ordinarii della concussione impropria. 2.° *Caso* — Il privato si spaccia pubblico ufficiale per darsi *credito* nel modo stesso con cui si spaccierebbe Conte o Marchese. È a (modo di esempio) un raggiratore che conducendosi in una Città dove è sconosciuto, e volendo scroccare vitto ed alloggio in una Locanda si annunzia come il Segretario inviato colà per affari governativi, o simili. Qui non vi è neppure implicito il *metus publicae potestatis,* nè vi si adatta il titolo di concussione: siamo nei termini ordinari della *frode,* o stellionato. 3.° *Caso* — Non vi fu lucro nè veduta di lucro: il movente dell' animo fu soltanto una sciocca boria, una vanità. Questa indusse il privato viaggiatore a spacciarsi come Prefetto, Segretario, o simili, spendendo largamente del suo per ottenere che tutti gli facessero di cappello: oppure è lo impiegato sospeso il quale vergognando di confessare la sospensione patita continua ad esercitare l' ufficio onestamente in quanto al resto. Questo terzo caso sfugge evidentemente al titolo di concussione come al titolo di frode:

e volendo punirlo in altra guisa che con semplici pene di polizia bisogna farne un titolo speciale di delitto. È questo il concetto in obbedienza del quale si trova nei codici contemporanei il titolo supplementario di *usurpazione di uffizio:* vedasi codice Sardo art. 289, codice Toscano art. 153 e 154. Ma questa distinzione di casi, che è una logica deduzione dei criterii essenziali delimitativi dei diversi malefizi ed una spontanea applicazione della teorica della prevalenza, non sempre vedesi praticamente osservata. Di tale deviazione prendo un esempio dal giudicato della Corte di Parigi del 3 aprile 1869, riportato da Morin *art.* 8831. Il codice Francese all'articolo 197 punisce col carcere da sei mesi a due anni qualunque funzionario pubblico revocato, sospeso, o interdetto, che avrà continuato l'esercizio delle sue funzioni dopo avere avuto cognizione della revoca, sospensione, od interdizione. Quest'articolo non distingue fra ufficio indebitamente esercitato per fine di *lucro,* e con *danno* effettivo dei patrimoni privati, ed esercizio indebito diretto ad altri fini diversi. Or bene, il Notaro *Franche* dopo aver cessato dal pubblico ufficio del Notariato continuò per circa due mesi ad emettere spedizioni a più e diversi particolari, ed altri consimili atti, valendosi di un sigillo artificiosamente carpito. Il pubblico Ministero denunciò questo delitto, e chiese applicazione del solo art. 197, e conseguentemente i Tribunali applicarono quell'articolo. Ma il Notaro *Franche* aveva fatto quelle spedizioni per procurarsi *ingiusto guadagno*, mediante l'abuso di *falsa qualità:* questa circostanza doveva secondo la opinione mia e secondo la teorica sovraesposta al caso n.° 2 portare il fatto sotto il titolo di *seroccheria:* non sotto quello di *concussione*, per il difetto di qualunque intimidazione; ma sotto quello di *seroccheria* per lo inganno a fine di lucro. Il fatto rientrava sotto l'art. 405 dello stesso codice Francese che minaccia la più severa pena del carcere da un anno a cinque — ivi — *Chiunque* (e così non distingue persona da persona) *facendo uso di falsi nomi* o *di false qualità* (e così non distingue fra qualità pubbliche e qualità private)

avrà scroccato o *tentato di scroccare, sarà punito col carcere di un anno al meno, e di cinque al più.* Come poteva il Notaro *Franche* evitare l'applicazione di questo più severo articolo, e la più grave pena della commessa scroccheria? Non valeva obiettare che la legge speciale deroga alla generale, avvegnachè la legge *speciale* per reati commessi a *fine di lucro* sia invece evidentemente l'art. 405 rispetto all'art. 197, il quale nel punire il caso semplice degli esercizi illeciti non preclude le più severe punizioni richiamate dai *mezzi* o dai *fini* eventualmente più odiosi. Neppure poteva l'art. 405 limitarsi all'uso di *falsi nomi,* o di *false qualità* semplicemente *private,* escludendo dalla censura del medesimo i falsi nomi e qualità pubbliche, chè ciò sarebbe stato un errore per ogni lato. Errore perchè l'art. 405 non offre cenno di simile distinzione: errore perchè non havvi ragione plausibile di così distinguere: errore ed assurdo perchè con siffatto sistema colui che abbia scroccato cinquanta lire con fingersi Conte o Marchese potrebbe incorrere in cinque anni di carcere, mentre colui che scroccasse anche diecimila lire fingendosi Magistrato o pubblico Ufficiale, non potrebbe incorrere che solo in due anni; e questo mi pare repugnante al senso morale e allo interesse politico. Per ultimo neppure parmi che possa porgere ragioni di distinguere la differenza fra privato che *mai rivestì* pubblico ufficio e falsamente lo assuma, e pubblico ufficiale che *un tempo la rivestì* ma ne è adesso spogliato: sì l'uno che l'altro nel momento della scroccheria ingannano con asserire una qualità che non hanno: laonde nei caratteri *giuridici* del fatto non vi è differenza. E se il confronto si fa sotto il punto di vista politico apparisce al contrario che la *continuazione indebita* è gravida di pericoli più che non lo sia la *assunzione arbitraria* dell'ufficio, perchè è più facile trarre in inganno il pubblico; ed ognuno l'intende: sicchè non saprebbe indovinarsi ragione congrua per concedere ai pubblici funzionari dimessi il privilegio di commettere scroccherie a più buon mercato.

§. 2588.

Qui gli scrittori esaminano la questione se possa aversi il titolo di *concussione* anche nell' abuso non di *uffici*, ma di *pubbliche funzioni* per causa di lucro; per esempio, per parte del testimone (1) di un fatto, che estorcesse denaro minacciando di denunciare o di deporre. Ed anche in questa configurazione, la concussione potrebbe esser *propria* se colui avesse veramente veduto commettere il delitto; ed *impropria* se non lo avesse veduto commettere, o non esistesse il delitto di cui si minaccia l' accusa. Nei quali termini sarebbe sempre più grave la *propria*, e per la maggiore probabilità di riuscire, e per il risultato della soppressione delle prove, e per il più difficile scuoprimento. Questi fatti potrebbero assumere nei congrui casi anche il carattere di corruzione, quando il delinquente avesse pagato il testimone perchè tacesse. Tutta la teorica si svolgerebbe spontanea, tostochè si ammettesse il postulato di riconoscere i titoli di corruzione e di concussione nell' abuso di mere *funzioni* pubbliche. Scorgasi da ciò come talvolta certe divisioni e distinzioni che allo inesperto appariscono di puro metodo, siano poi nei risultamenti feconde spesso delle più gravi conseguenze giuridiche. Se si rispetta la linea di separazione fra abuso di *ufficio*, e abuso di *funzione* tracciata dal Carmignani, non si può ammettere il titolo di corruzione o di concussione a carico del testimone, o del perito; avvegnachè questi si dicono *funzionarii*, e non ufficiali. Per fare questo passo bisogna cancellare quella linea e

quella distinzione, o ridurla tutto al più alle funzioni di semplice criterio misuratore. Ad ammettere ciò persuaderebbe la riflessione che nel fatto di comprare il silenzio di un testimone vi è un risultato lesivo della giustizia ottenuto con prava intenzione, e che non si può raggiungere con altri titoli. Non col titolo di *falsa testimonianza*, perchè il testimone tenutosi occulto non è chiamato a deporre. Non col titolo di *favoreggiamento*, perchè il silenzio e l' atto negativo non possono costituirlo.

(1) Il concetto di applicare il titolo di concussione anche al privato che con la minaccia di una calunnia estorca denaro, non è soltanto dei criminalisti moderni: risale alle leggi romane: *l.* 1, §. 3, *ff. de calumniatoribus.* Anzi dal frammento di Macro *(lib.* 47, *tit.* 13, *fr.* 2) apparisce che più specialmente il nome di concussore si desse *ei qui ob accusandum vel non accusandum, denunciandum vel non denunciandum testimonium pecuniam acceperit.* Sul qual frammento è a vedersi l' Heraldo *de rerum judicatarum auctor. lib.* 1, *cap.* 6, §. 10, nel tesoro dell' Ottone *tom.* 2, *pag.* 1109; e Grotius *florum sparsio pag.* 250.

§. 2589.

Alla concussione *impropria* si richiama una specie particolare di delinquenti che si dicono ora *assidui*, ora *sicofanti*, ora *venditori* di *fumo*. E questi sono coloro che abusando della familiarità che abbiano od ostentino avere con qualche pubblico ufficiale od anche col Principe (e perciò si dicono *assidui*) vanno spacciando protezione e promettono di ottenere grazie e favori con millantata influenza (e perciò si dicono *sicofanti*) e così estorcono do-

nativi o denaro dai creduli ai quali essi vendono una influenza che realmente non hanno: e perciò si dicono *venditori di fumo* (1). Questa ultima denominazione si ebbe a schifo da parecchi moderni: ed anche il Mori l'adoperò nell'indice del suo codice, ma esitò a proclamarla nel testo come *nome* del delitto. Io confesso ingenuamente di non sapere spiegare siffatta esitanza. La formula *vendita di fumo* è classica, perchè risale al testo romano. Essa è esattissima, perchè ritrae la essenza del malefizio. Non so dunque comprendere la meticolosità di adoperarla, quando d'altronde si è costretti a sostituirle nomenclature inesatte e perplesse. Per innovare la tecnologia di una scienza vi vogliono buone ragioni che respingano l'antica, o vi vuole migliorìa nella nuova. Ma sia che vuolsi del nome, certo è che il criterio essenziale di questo reato è la *falsità* del favore.

(1) Vedasi su questo delitto il mio scritto inserito nella *Escuela del derecho, tom.* 1, *pag.* 194, *Madrid* 1863.

§. 2590.

Questa mala genìa che costituisce una vera camorra, con la differenza che la camorra presta realmente i suoi turpi uffici mentre i venditori di fumo non prestano che vane lusinghe, abonda pur troppo più che non credesi, e serpeggia in tutte le classi: dove strisciando tra i servi del giudice; dove elevandosi tra gli abiti gallonati dei familiari del ministro o del principe a più superbe speculazioni. Tale delitto suppone che la promessa sia falsa, poichè se *realmente* il sicofanta fosse un segreto agen-

te dell' ufficiale di cui spaccia i favori, si avrebbe un titolo di vera corruzione, nella quale il privato agente sarebbe un complice dell' ufficiale corrotto insieme con lo stesso corruttore. Il carattere politico di questo reato è dunque evidente non consistere nel *pericolo reale* della giustizia, ma nel *discredito* al quale la giustizia si conduce nella pubblica opinione coltivando il popolo nella fatale credenza che col mezzo d' impegni, protezioni e denaro, la giustizia si muova. Lo che mentre torna ad offesa dei magistrati, eccita delle viziose speranze, e micidiale riesce alla fidanza nel diritto e nella virtù.

§. 2591.

Sta in quest' unico concetto la criminosità di simili fatti, pel quale vengono evidentemente condotti nella categoria delle offese alla pubblica giustizia; e così tra i malefizi di danno universale. Danno particolare in cotesto reato non vi è. E con la sua repressione non già si mira alla tutela del privato, che lagnisi del denaro fraudolentemente carpitogli dal sicofanta: avendo costui scientemente dato opera ad un turpe contratto col quale egli credeva di abusare della giustizia, non può meritare protezione se rimase vittima della propria malizia. Anzi a rigore di principii egli non solo non sarebbe il soggetto passivo della concussione, ma sarebbe un complice del malefizio; e da taluno si vorrebbe anch' esso punito: ma più generalmente si esonera da una pena propria per non difficultare il discoprimento del reato; e solo si punisce con la confisca del denaro promesso o sborsato, che il sicofanta deve restituire non al privato accattatore di favori, ma al pubblico erario.

§. 2592.

Le penalità della *concussione* si veggono modificarsi secondo il variare degli ordinamenti politici. Il codice Toscano punisce la concussione *propria* esplicita (art. 181) con la casa di forza da 3 a 12 anni: la *implicita* (art. 182) col carcere da 2 mesi a 5 anni: col carcere parimente (art. 200) la *vendita di fumo*. La concussione *impropria* commessa con simulazione di un' autorità o di ordine, la enumera fra le estorsioni (art. 393) e la punisce con la casa di forza da 4 a 15 anni. Ravvicinando quest' articolo all' art. 181 si scorge che l' *identico fatto* (quello cioè di estorcere denaro mercè la minaccia di una violenza esercitata con abuso di pubblica potestà) se è commesso dal *vero ufficiale* è punita assai meno, poichè il massimo non può estendersi che a 12 anni di casa di forza, e il minimo può scendere ad un anno di carcere: ed assai più è punito se è commesso dal privato che *simula l' ordine* dell' ufficiale; poichè qui il massimo si eleva a 15 anni, ed il minimo non può scendere sotto i quattro anni. Lo che non sa in altra guisa spiegarsi tranne con la protezione sistematica degli impiegati; alla quale molti codici moderni troppo spesso si ispirano. Il codice Sardo (art. 215) punisce la concussione *propria* col carcere se *implicita;* con la reclusione (art. 216) e con la galera a tempo se *esplicita*. La concussione *impropria* (art. 596, n. 5) commessa con mentire divise, o simulare ordine di pubblico ufficiale, la punisce con la galera non minore di quindici anni. Sul che ripeto la già fatta

osservazione. Se un individuo vestito a carabiniere si presenta ad una casa, e con minacce estorce danaro, non può essere colpito da pena inferiore a quindici anni di galera, almeno nelle previsioni ordinarie della legge, perchè era un privato che mentiva divisa: ma se era un vero agente della pubblica forza che così bruttamente abusasse dei poteri affidatigli può essere punito con soli tre anni di reclusione. In quanto alla *vendita di fumo* esso la punisce col carcere non inferiore a due anni (art. 314) se fu fatta per fine di lucro; e per sua specialità la punisce anche quando fu fatta per boria e senza speculazione, col carcere inferiore ai tre mesi: art. 313 (1).

(1) La storia ricorda due singolari esempi di sdegno dei governanti contro i venditori di fumo. L' uno è quello notissimo di Alessandro Severo che per simile colpa fece perire soffocato dal fumo nella pubblica piazza Vetronio Turino mentre il Precone gridava *fumo punitur qui vendidit fumum:* fatto che altro non fu se non l' applicazione di un modo di supplizio usato pei parricidi, e già lodato da Cicerone nella epistola *ad Quintum fratrem lib.* 1, *ep.* 2 — *te curaturum ut fumo comburatur tota plaudente provincia:* e che trovasi descritto in elligio nel Ramos *errores Triboniani de poena parricidii pag.* 181, edizione di Leyden del 1728. L' altro è quello riferito dal Paoletti di un Granduca di Toscana il quale una mala donna, perchè erasi vantata di ottenere qualunque grazia da lui, fece condurre attorno per Firenze sopra un asino mentre ad ogni angolo di via le si davano frustate dal boja, ed il banditore gridava — questi sono i favori che il Granduca accorda a costei. Trovasi nei pratici tedeschi dato il nome di concussione *pubblica* a quella che noi chiamiamo *propria,* e di concussione *privata* a quella che noi chiamiamo *impropria.* Sembra che la

Nemesi Carolina non dettasse disposizioni speciali contro la concussione *pubblica*, e che la pratica procedendo a pena arbitraria giungesse fino all' ultimo supplizio. Quello che aveva fatto la pratica si convertì in legge dalla costituzione Teresiana, che all' articolo 68 §. 2 dettò una scala di penalità che dalla pecuniaria saliva fino alla pena di morte: Banniza *delineatio juris criminalis* §. 425.

Articolo II.

Abuso *di pubbliche* funzioni.

§. 2593.

Già sappiamo che secondo la distinzione del Carmignani e dei criminalisti precedenti e susseguenti che corsero sulla medesima orma, si dissero *funzionarii* (in antitesi ad ufficiali) coloro che s'ingeriscono in atti di giustizia con una veste assunta *accidentalmente*, e della quale non sono abitualmente investiti. Queste *funzioni*, l' abuso delle quali più specialmente fa sorgere la nozione di alcuni particolari reati contro la pubblica giustizia, sono quelle di *patrono*, di *accusatore privato*, di *testimone*. L' abuso della prima funzione fa sorgere il titolo di *prevaricazione*; l' abuso della seconda la *calunnia*, alla quale accedono i titoli di *calunnia reale* e *simulazione di delitto*; l' abuso della terza la *falsa testimonianza*, alla quale accede il titolo di *subornazione*, e per analogia il titolo di *spergiuro*. In quei paesi dove è introdotta la giuria, dovendo (a quanto mi pare) definire la opera del giurato come una *funzione* e non come un officio, potrebbe aggiun-

gersi una quarta ipotesi di funzioni pubbliche esercitate dal privato; e sarebbe quella del *giudicare*. Ma qui non abbiamo una specialità di *nome* e di *titolo* che meriti trattazione distinta. I giurati vogliono essere in tutto equiparati ai giudici titolari per quanto riguarda la loro responsabilità penale; e così sono passibili del titolo di *corruzione* e di *concussione* quando abusino per venalità del grave incarico che loro affida la patria.

Titolo I.

Prevaricazione.

§. 2594.

La parola *prevaricazione* derivata dal verbo *praevaricare* (deviare dalla (1) retta via) si adopera in tre diversi significati. Ora ha un senso lato e volgare, ed esprime qualsisia aberrazione intellettuale o morale dell' uomo: così Salomone prevaricò per le femmine; e taluno è inviato al manicomio perchè prevaricato di mente. In senso giuridico ha talvolta un significato più largo, e designa qualunque atto di un pubblico impiegato col quale deflette dai doveri del proprio ufficio o ne usa ad illecito fine. Ma il senso stretto e *proprio* nel quale le scuole e la pratica coartarono la parola *prevaricazione*, e quello in cui si assume nel presente titolo, esprime soltanto gli abusi che dai patroni dei litiganti si commettono avverso i medesimi contro la data fede. Nel reato che qui prendiamo a descrivere incorre pertanto — *chiunque nello esercitare la professione di patrono*

di una parte si accordi per veduta di lucro con l'avversario a pregiudizio del proprio cliente. L'analisi di questa definizione ci fa strada ad esporre i caratteri *essenziali* del malefizio (2).

(1) Sulla elimologia ed omonimìa della prevaricazione dissertò Ziegler nel *cap.* 25 della sua *Rabulistica,* che trovasi la terza nella raccolta delle sue *disceptatianes pag.* 202.

(2) Bibliografia — Gobio *cansult. decis.* 108 — Gregorio *syntagm. lib.* 32, *cap.* 21 — Bossio *tract. tit. de praevaricat. pag.* 278 — Tepatus Arisminus *variar. sentent. pag.* 362 — Zaulo *abservat. civ. et crim. ad Statut. Faventiae tom.* 1, *pag.* 104, *n.* 22 — Angelo *de delictis, cap.* 105; *et pars* 2, *cap.* 2 — Crusio *de indiciis, pars* 2, *cap.* 39, *n.* 46 *et seqq.* — Klock *consilia, lib.* 3, *cons.* 188 — Pancirolo *variarum lectionum lib.* 2, *cap.* 119, *pag.* 298; *et de claris legum interpretibus lib.* 2, *cap.* 3, *pag.* 78 — Woltermann *de nequitia advacatorum, Marpurgi* 1712 — Leyser *medit. in pandect. spec.* 625, *et* 654 — Aleph *dies academici dissert.* 29, *pag.* 732 — Kistner *de praevaricatianis crimine* — Houx *de causa contemptus doctarum; in thesaura Hartleben tom.* 1, *pars* 2, *dissert.* 8 — Beyer *de advocatar. praevaricatiane* — Melchiori *miscellanee volgari cap.* 3, *n.* 12 — Trautmann *de stratayematibus advacatarum, Jena* 1720 — Pullmann *elementa* §. 512 *et seqq.* — Mellio *institut. jur. crim. cap,* 5, §. 10, *pag.* 76 — Giuliani *istituziani vol.* 2, *pag.* 154.

§. 2595.

Dico *esercitando la professione di patrono,* perchè ritengo che in ciò stia il primo elemento di questo reato sotto il punto di vista della *persona* (1). Nei tempi primitivi era impossibile si svolgesse il concet-

to di una classe di cittadini esclusivamente destinata al patrocinio delle parti nelle loro controversie. Tutto allora facevasi nel giudizio tumultuariamente e secondo la occasione: improvvisati gli accusatori, che erano gli offesi o i loro aderenti: improvvisati i giudici, che erano i seniori della tribù; si improvvisavano pure i patroni secondo che a qualche amico o congiunto dell' accusato piaceva di farsi innanzi a sostenerne la innocenza (2): così leggiamo nelle sacre pagine che Susanna calunniosamente accusata come impudica si vide inattesamente redenta per lo spontaneo accorrere di Daniele che ultroneo ne assunse il patrocinio.

(1) Questa opinione è prevalente fra i giuristi, i quali comunemente esigono come estremo di questo delitto lo essere eseguito *a personis juramento obstrictis:* Banniza *delineatio* §. 431.

(2) La spiegazione speciale dei riti che accompagnano la collazione del dottorato si trova elegantemente descritta negli *Statuta facultatis jureconsultorum Vitembergensium anno* 1508 *composita,* editi in Lipsia l' anno 1858 dal dottore Muther *(pag.* 21) dove si chiarisce il simbolo dei libri, del pileo, dell' anello, e dell' amplesso. Sulle origini dell' ordine dei procuratori e degli avvocati può erudirci il Manzi nel suo trattato *de advocatis cap.* 1, 2 *et* 3, ove espone le differenze relative e loro ragioni: Sandrink *de juribus advocatorum cap.* 1, *Utrecht* 1849 — Langlaeus *semestrium lib.* 1 — Coquille *les légistes pag.* 212. In Prussia il *corpus juris Friedericianum* del 26 agosto 1781 proclamò la inutilità dei provvedimenti dettati dalla Ordinanza del 1713 per frenare gl' intrighi degli avvocati, dicendo che i regolamenti non serviranno a niente finchè non si sarà tolto affatto l' intervento degli avvocati nelle liti Base della nuova

procedura fu che la iniziativa del processo e la constatazione dei fatti tutto dovesse farsi dal giudice. Posta come principio la proscrizione assoluta degli avvocati, il giudice poteva nelle cause nominare un difensore officioso, ma questo non era nè il rappresentante della parte, nè salariato da lei. Era un assistente che il giudice dava a sè stesso perchè lo aiutasse nella ricerca del vero. Il principio così posto da Federigo il Grande si sviluppò nel codice di procedura Prussiano del 6 luglio 1795 che venne contemporaneo al decreto di abolizione degli avvocati in Francia. Questo nuovo codice di procedura abolì anche il nome degli avvocati, e lo ufficio dei difensori officiosi introdotti dal codice del 1781. Tutto fu deferito al giudice, il quale non ebbe obbligo di limitarsi alle conclusioni e dimande delle parti; doveva cercare da sè quello che era vero e giusto. Alla verità *formale* di cui si contentava il codice del 1781 si disse doversi sostituire la verità *materiale*. Alla ricerca si destinò un giudice *instruente*, a cui succedeva un giudice *referente* Il quale informava il tribunale sullo stato definitivo del processo. Ma la forza delle cose fu più potente della legge. Le parti continuarono ad invocare l' aiuto degli avvocati, ed i giudici per minorare le noie furono conniventi. Questo stato flagrante di contradizione fra la legge scritta e la pratica eccitò alcuni avvocati a presentare una memoria al Re di Prussia nel 9 novembre 1831. Da ciò nacque il nuovo codice di procedura del 1 giugno 1833 compilato da una commissione per la maggior parte di avvocati che ha ristabilito l' ordine, conferendogli quella dignità, quei favori, e quella indipendenza che sono necessarie a farne un utile strumento della giustizia. Questa indipendenza dell' ordine è stata confermata ed accresciuta in Prussia dalla legge del 21 luglio 1846.

§. 2596.

Ma poichè i progressi della civiltà ebbero costituito l' ordine giudiciario, egli era bene una neces-

sità correlativa che si costituisse la curia: vale a dire che nel modo medesimo con cui l'autorità sociale destinava fra i cittadini certe persone alle quali fosse data balìa di sedere come giudici, così anche la facoltà di patrocinare nei giudizii gl'interessi altrui si restringesse ad un ceto di persone alle quali sotto debite condizioni ne fosse data licenza dalla autorità medesima (1). Queste condizioni furono quelle di probità e di capacità presunte per certi fatti anteriori di coloro che aspiravano a sedere in quel ceto. Ed una volta costituita la curia come ceto privilegiato e distinto, voleva bene giustizia che come alla medesima si compartivano speciali diritti, così si imponessero ai membri della medesima particolari doveri, e più specialmente quello della fedeltà verso i privati che ad alcuno di quei funzionarii venissero affidando la tutela dei proprii interessi nelle controversie forensi. Ed ecco la origine dei delitti *proprii* dei patroni; e più specialmente del reato di *prevaricazione*, al quale piacque ai Romani di dare il nome più particolare di *tergiversazione* (2) (derivato da *volgere il tergo)* se era commesso nello accusare, e di *collusione* negli altri modi.

(1) Udii spesso uomini di alta fama nelle scienze economiche inveire contro l'odioso sistema degli studi obbligatorii, degli esami e delle licenze e diplomi richiesti allo esercizio delle professioni. Dovrebbero (si dice) esser libere le professioni come lo sono le arti: e i posteri rideranno di noi perchè vogliamo un tirocinio ed un' autorizzazione superiore per lo esercizio dell' avvocheria, del notariato e della medicina; come noi ridiamo degli avi nostri perchè esigevano un tirocinio ed una patente per chi voleva darsi al mestiere del calzolaio o del sarto. Io non potei mai farmi

persuaso di tale pensiero e di tale parificazione. Fedele al principio fondamentale del quale io ravviso la sola ragione di essere del magistero politico e del magistero punitivo, io non posso accettare come buono tuttociò che trascende oltre quel cardine, ma non so ammettere dubbio sulla legittimità di tutte quelle deduzioni logiche che ne derivino. L' autorità sociale non fonda la propria legittimità nè sopra un privilegio personale, nè sopra il sognato bisogno di educare le masse, che necessariamente la fa trabocca in tirannia, e che conduce o ad una autocrazia asiatica, od ai comitati di salute pubblica ed al santo uffizio, che sono due fratelli, più che germani gemelli, partoriti dall' egoismo di pochi e dalla presunzione di infallibilità. L' autorità sociale non ha altra ragione di essere tranne la necessità di difendere il diritto degli individui. Tuttociò che bisogna alla tutela giuridica l' autorità sociale può farlo: tutto ciò che non è richiesto da tale necessità è un abuso di forza; è tirannide, o si faccia da uno o da più, o si faccia sotto il pretesto di una utilità sempre indefinita, o sotto il pretesto di un ascetismo ono meno indefinito, o col pretesto di spingere innanzi una idea che suicida sè stessa nella propria estrinsecazione. Ma gli individui hanno ben diritto che la loro salute e le loro proprietà vengano protette non solo contro i malvagi che vorrebbero direttamente lederla, ma anche contro coloro che la porrebbero a repentaglio per avidità di guadagno. Dare ad uomini inesperti piena balìa di regolare gli interessi privati, di patrocinare liti, di rogare testamenti, o di fare opere di medicina o di chirurgia, vale lo stesso che esporre tutti i cittadini ad essere rovinati nel patrimonio, o storpiati, od uccisi. Invano mi si risponde che il male si guarisce da per sè stesso, perchè gli ignoranti i quali pretendano farla da avvocati o da chirurghi non troveranno avventori. Questa risposta contiene un circolo vizioso, perchè per giudicare della ignoranza di chi si spaccia chirurgo od ostetrico vi è bisogno che costui abbia dato esperienza della propria inettitudine; vale a dire che ne abbia già storpiati od uccisi

buon numero nel suo paese; ed ecco che per proteggere il diritto si è proceduto col mezzo contradittorio di spingere alla sua violazione; contiene inoltre il vizio del falso supposto, perchè la ignoranza del cerretano o del mozzorecchi non si rivela alla intuizione di tutti, e gli idioti che sono i più non l'acquistano mai (e me ne appello alla esperienza), e poi quando siasi per tristi prove acquisita in una provincia, vi vogliono prove novelle e nuovi sacrifici di vite e di averi perchè la si acquisti in un'altra provincia, dove il furfante trasporti le sue speculazioni. Invano pure si risponde che a tali pericoli provvede un sistema energico di repressione penale avverso coloro che vantandosi esperti in una professione l'abbiano esercitata con pregiudizio dei singoli. A questo singolare argomento io replico per più guise — 1.° Brutto metodo fare nascere il male per poi colpirlo col nuovo male della pena — 2.° Impossibile il più delle volte giudicare se lo evento sinistro derivò da imperizia del medico o del patrono, o piuttosto dalla malignità del morbo, o dalla inettitudine delle pretese — 3.° Difficile recare con siffatto metodo completa riparazione alle vite ed ai patrimonii sacrificati. Il diritto si vendica col magistero penale quando non si è potuto difendere preventivamente; ma quando vi è modo di difenderlo prima che venga ferito, questo sarà sempre il sistema più conforme alla giustizia ed ai riguardi verso la umanità. Fu dunque tirannide la velleità di imporre l'obbligo della patente al falegname e al sartore, perchè il falegname e il sartore non minacciano di gravi lesioni il diritto, e perchè la loro imperizia è facilmente discernibile dal popolo. Ma sarebbe una deserzione del proprio ufficio, un vile abbandono della propria missione quello dell'autorità sociale che consentisse alla improntitudine ed avidità di chiunque lo esercizio delle professioni senza chiedere certe condizioni e guarentigie che bastino almeno a dare una presunzione di capacità. Quella sentenza brillante di Beccaria, *felice quella nazione in cui la giustizia non è una scienza*, seduce come voto di un filosofo: ma non è da accettarsi

come una speranza di possibile realtà. Ugualmente può dirsi *felice quella nazione dave il diritto è rispettato senza bisogna di legge penale.*

(2) La tergiversazione era un reato proprio degli accusatori che desertavano l'accusa dopo averla solennemente proposta: Marciano nel suo commento al senatoconsulto Turpiliano *(l. 1, pr. ff. ad Senatusconsultum Turpilianum) aut enim calumniantur, aut praevaricantur, aut tergiversantur.* Vedasi Hartmann Pistor *observ.* 53.

§. 2597.

Una volta costituita la curia bisogna bene che il delitto di *prevaricazione* divenga un reato speciale di coloro che appartengono alla medesima; e di qui il requisito della persona negli elementi di questo reato; la quale generalmente nei codici contemporanei richiedesi che sia un *procuratore* od un *avvocato* (1). Non repugna però che in qualche ordinamento civile possa piacere di allargare la facoltà del patrocinio o nelle cause penali od anche in quelle civili di minor momento, ammettendo all' ufficio di patrono un privato non ascritto alla curia ma destinato caso per caso a quella funzione dallo stesso tribunale pei bisogni della occasione. Ed allora quando si adotti cotesto sistema potrà bene sostenersi che anche a costoro si adatti in un modo *improprio* il reato di prevaricazione, perchè sempre essendo loro affidato tale incarico per un atto dell' autorità giudiciaria, possono i medesimi considerarsi come rivestiti di una pubblica fede, alla quale non debbano mancare senza delitto. Ma dove lo intervento del privato in una lite fosse semplicemente tollerato, e dove il difensore delle ragioni di una

parte fosse eletto per mera fiducia della medesima fra i suoi pari, io non vedrei in siffatta elezione che un atto di fiducia privata, un mandato ordinario; cosicchè quando lo eletto tradisse anche per venalità il suo cliente colludendo con l'avversario, non troverei in simile malvagità una cagione di pubblico allarme meritevole che si elevasse cotesta azione, per quanto riprovevole, a delitto civile. Imputi a sè stesso il danneggiato la cecità della scelta; non può dire di essere stato ingannato per le qualità presuntivamente attribuite a quell' individuo dalla autorità che lo ascrisse alla curia o lo destinò a quella speciale funzione: e non ha ragione di chiedere la protezione delle leggi punitive mentre tutti gli altri cittadini augurando a sè medesimi una maggiore cautela non sentono diminuita per quel fatto la opinione della propria sicurezza: nè mai potrà dirsi che siasi abusato di una funzione pubblica quando allo esercizio della medesima l'autorità pubblica fu meramente passiva. Chi per altro, senza guardare alla genesi dello incarico, considerasse nel patrocinio delle cause un atto di pubblica funzione che per sè stesso costituisse una oggettività giuridica interessante a tutti i consociati, potrebbe benissimo nel definire la prevaricazione prescindere da tutte queste distinzioni.

(1) Dove le due professioni di avvocato e di procuratore sono distinte si ritiene che la avvocheria investa di maggiore dignità che la procura. Ma qui non è questione di dignità: è questione di fede tradita. E questa essendo uguale in entrambe le professioni non vi è ragione di distinguere fra l' una e l' altra in tema di prevaricazione tanto per la no-

zione del reato quanto per la misura della penalità. Il costume di tenere separate quelle due professioni è molto antico ed esteso in Europa: ed ha la sua radice nella differenza che passa fra la cognizione e la pratica nella materialità delle procedure, e la sapienza del giureconsulto necessaria a penetrare nelle profondità delle questioni giuridiche. Vi sono per altro tuttavia dei paesi dove non si accetta tale separazione: ed ivi coloro che sono assuefatti al promiscuo esercizio di ambedue vivamente combattono il metodo della divisione. Al contrario il Fromann lamenta che a Groninga siano unificati cotesti due ufficii, ond' egli dice essere derivato lo avvilimento dell' esercizio nel foro.

§. 2598.

Ma certo è però che quasi tutti i codici contemporanei limitano il titolo di prevaricazione alla infedeltà degli avvocati e dei procuratori, laonde questo requisito della *persona* può dirsi oggidì prevalente nella pratica. Ed è certo del pari che non fa mutazione nelle condizioni essenziali del malefizio lo essere il patrocinio esercitato per *mercede* o *gratuitamente* (1). Quel curiale che assume una difesa officiosa, o lo faccia egli spontaneamente o perchè destinato dal giudice, ha il debito di fedeltà verso il cliente, nè più nè meno dell' altro che riceva larga retribuzione delle proprie fatiche. Ciò è coerente alla indole *sociale* di questo reato.

(1) In termini Carpzovio *decis.* 91, *n.* 22. E che all' avvocato prevaricatore non serva di scusa la deduzione di non essere stato soddisfatto del suo onorario, lo insegnò Strykio *dissert. vol.* 1, *diss.* 15, *cap.* 3, *n.* 6. Le preteso per esagerati onorarii (quantunque possano reprimersi disci-

plinariamente) niente hanno di comune con i caratteri giuridici della *prevaricazione:* Bürgers *singularium observationum centuria* 3, *observ.* 76, e molto meno con la *corruzione:* Berner *Lehrbuch* §. 224, *pag.* 572.

§. 2599.

Poniamo nella nostra definizione la formula *si accorda* (1) e qui troviamo il vero momento consumativo del malefizio, risolvendo così il problema più importante dello argomento nel senso che la perfezione del reato stia nel contratto. Avvi qui una prima proposizione indisputabile: ed è che alla consumazione della prevaricazione è indifferente che la parte tradita abbia o no per effetto delle male arti perduto la lite. Può benissimo il giudice aver supplito al difetto del difensore, e il cliente tradito avere ottenuto assoluzione o vittoria malgrado la nequizia del patrono. Ciò porterà a dire che il delitto ebbe *effetti* meno *gravi*, ma esso sarà ciò non pertanto *perfetto*, e come tale dovrà imputarsi. La oggettività giuridica di questo reato non è nè il patrimonio del litigante, nè la libertà dell'accusato. Essa è nella santità del ministero, il quale a tutti i cittadini interessa mantenersi intemerato. E il sacro ministero di patrono è manomesso già completamente e gittato nel fango per la nequizia del patto scellerato.

(1) Non ogni atto che nuoca eventualmente al cliente, e non ogni dichiarazione o confessione imprudente del difensore possono dar base alla sua punibilità criminale, quando anche lo sbaglio o la incuria siano tali da far luogo a riparazioni civili, se non è provato il malizioso accordo con l'avversario.

Del resto i limiti entro i quali è lecito al difensore di impugnare la verità da lui conosciuta, oppure è debito di lealtà concordarla quantunque pregiudicevole al suo cliente, sono così delicati ed elastici che bisogna lasciarne giudice la coscienza individuale. Vedasi Becker *de la justice et des Avocats en Baviere et en Allemagne, Paris* 1861, *pag.* 20 *et* 23. Da quanto sopra si è detto rilevasi che guardato il fatto della rivelazione di un segreto commessa dal patrono a danno del proprio cliente, questa può rivestire differenti forme, ed assumere diverso titolo secondo i casi. Nel caso *semplice;* cioè nella assenza di ogni collusione maliziosa, il Patrono imprudente rimarrà sotto il peso della mera accusa di rivelazione di segreto, che appunto (come mostrammo a §. 1642) si appaga della sola imprudenza come suo elemento morale. Ma quando la rivelazione sia fatta scientemente alla stessa parte avversaria, il reato si tramuterà in una vera e propria prevaricazione più severamente punita: Alberti *jus pandectarum lib.* 47, *tit.* 15; *pag.* 824. Quando peraltro si parla di *segreto* intendesi di vero *segreto* che cada sul *fatto.* Non è criminoso suggerire per amicizia al patrono avversario qualche testo, qualche dottrina, od altro che stia strettamente nel cerchio giuridico, *quia* (come in termini osserva Banniza §. 434) *haec nihil arcani in se continent.*

§. 2600.

Ma il dubbio può nascere quando si consideri ciò che il patrono abbia fatto od omesso dopo avere conclusa la turpe convenzione. Se dopo avere ottenuto dall' avversario il prezzo del brutto tradimento il patrono abbia poscia deluso l' avversario stesso e strenuamente assistito e con fortuna condotto al suo desiderio il cliente, potrà egli dedursi a favore di colui ch' ei si macchiò di una semplice frode combattendo la perfidia con la perfidia; che forse egli

col fatto suo giovò meglio al proprio cliente, perchè l'avversario fidente nella simulazione della guerra trascurò più gagliardi mezzi nella propria difesa; che in una parola egli non è colpevole di prevaricazione perchè mai non ebbe lo intendimento di vendere il proprio ufficio? Se facesse forza sull'animo il riguardo allo interesse del litigante queste deduzioni potrebbero parere buone ad escludere il più grave titolo di prevaricazione: ma se si persiste a considerare questo reato come *sociale*, ed a riconoscerne la oggettività nel profanato ministero bisogna respingere questo sistema, e giudicare colpevole di prevaricazione il patrono che si vende all' avversario, quantunque lo abbia poscia deluso adempiendo con zelo i doveri del suo incarico. Soltanto potrà qui dirsi che il reato ebbe *effetti meno gravi* per fatto e volontà dello stesso colpevole, e di quella circostanza tenergli conto come criterio misuratore; ma il malefizio si dovrà sempre imputare come *consumato*.

§. 2601.

Parimente può nascere controversia intorno alla ipotesi della proposta *non accolta*. Coerentemente a quanto si è detto in tema di *corruzione*, l'autore principale del reato di prevaricazione non può essere che il patrono: il privato che lo corruppe e lo comprò non è che un complice del reato. E per deduzione giuridica di tale postulato bisogna anche qui dire che il terzo col proffergere all'avvocato un prezzo affinchè tradisca il cliente non pone in essere un *tentativo* punibile di prevaricazione, non

potendo ammettersi tentativo di complicità. Pure anche questo ragionamento, che sembra così nitido, e che comunemente si accoglie, può lasciarci esitanti quando si immagini che la proposta non sia partita dal litigante ma dallo stesso difensore dopochè egli ebbe accettato (1) lo incarico del patrocinio di una parte, e la repulsa sia invece partita dall' avversario.

(1) È concorde appo tutti la opinione che limita la criminosità al caso di *difesa accettata*, cioè di mandato definitivamente conferito. Finchè si tratta di semplice *consulto* non vi è luogo a repressione penale per quanto possa essere brutta cosa il dare oggi all' uno il consiglio in un senso, e dare poi dimani all' altro un consiglio in senso contrario: Hertius *resp.* 247 — Koch *instit. jur. crim.* §. 558. Ma anche questa dottrina può generare una qualche difficoltà quando l' avvocato richiesto per consulto abbia ad occasione del medesimo acquistato cognizione di segreti interessanti la parte, e ne abbia fatto rivelazione poscia alla parte contraria che alla sua volta lo consultò. La difficoltà nasce dal considerare — 1.° La parità di ragione che ricorre nel caso — 2.° L' abuso che pur sempre vi è del nobile ufficio — 3.° La regola pratica per la quale indistintamente si noverò fra i casi di prevaricazione la rivelazione dei segreti conosciuti ad occasione della professione: Menochio *de arbitrar. lib.* 2, *cas.* 537, *n.* 25 — Angelo *de maleficiis verbo falsario, n.* 49 — Bossio *tractatus tit. de carcerato fidejuss. relaxando, n.* 30 — Caravita *comment. ad rit. magnae curiae rit.* 3, *n.* 14.

§. 2602.

In questa differente ipotesi che rovescia la figura comunemente contemplata non può più spendersi

lo usato argomento del tentativo di complicità. Qui sarebbe il futuro autore principale che avrebbe proferto di vendere il suo ministero, e col dire che egli si è macchiato di un *conato di prevaricazione* non si urta più nello assurdo di ravvisare un *autore* di tentativo in chi a delitto consumato non sarebbe stato *autore* del delitto. Per sostenere dunque che neppure l' avvocato si renda colpevole di tentativo di prevaricazione quando proponga all' avversario di fare a lui guadagnare la causa perchè ne abbia un premio, bisogna risalire ai cardini del conato e decidere se quella proferta e quella richiesta sia o no un principio di esecuzione del malefizio, o piuttosto un mero atto *preparatorio*. Ma poichè il criterio dell' atto preparatorio non costituente conato punibile sta per noi nella mancanza di univocità, e qui la univocità del fine (supponendo la serietà della proposta) è intuitiva, correndo su tale ordine di idee si verrebbe alla conclusione di trovare in quel fatto del patrono un tentativo punibile: e certamente chi sostenesse simile tesi non potrebbe appuntarsi di errore o di contradizione ai principii.

§. 2603.

Riconoscere la consumazione del malefizio nel serio *accordo* fra il patrono e l' avversario è inoltre una necessità. Se si esigesse eziandio la prova della danneggiata difesa si entrerebbe in un campo di difficilissime prove, ed il più delle volte impossibili. Quando un perfido patrono avesse maliziosamente lasciato decorrere un termine fatale, potrebbe dirsi che la volontà perseverante a danno del proprio

cliente è manifesta, e che l' effetto pregiudicevole del reato è incontrastabile. Ma la ipotesi di un tradimento estrinsecato sotto questa forma è troppo rara, troppo grossolana, troppo pericolosa per lo stesso patrono che si espone a rifacimento di indennità. La ipotesi più ordinaria è quella di un tradimento svoltosi col manifestare all' avversario i segreti del proprio cliente, col fare od omettere certe eccezioni, o il richiamo di certe prove, o altri movimenti defensionali, per cui sotto fallace apparenza di una calorosa difesa si venga a condurre il giudice nella opinione contraria, e ad un pronunciato nocevole al proprio cliente (1). Ma in simile forma sarà sempre arduo distinguere ciò che fu fatto od omesso per negligenza od ignoranza da ciò che lo fu per malizia: e sarebbe pure giuridicamente impossibile dimostrare che se il difensore non avesse difeso in quella tal guisa, il giudicato sarebbe stato differente. Anche per una necessità politica bisogna dunque accettare la regola che la consumazione di questo reato stia nello accordo.

(1) Può dunque esservi in un atto del patrono il danno gravissimo del cliente e non esservi prevaricazione: come può esservi prevaricazione senza il concorso del danno effettivo. Laonde si dettero come possibili i termini della prevaricazione anche nello indurre maliziosamente il cliente ad una transazione (Banniza §. 435) quantunque per la incertezza degli esiti delle liti difficilmente possa asseverarsi il pregiudizio della pace ottenuta.

§. 2604.

Con la formula generale *accordarsi*, mi pare si comprendano tutte le ipotesi di fatto. Evvi però una forma speciale che da molti criminalisti e da molti legislatori si volle espressamente designare come caso di prevaricazione: ed è quella in cui il patrono presti, o a fronte scoperta o per mezzo di altri, o *contemporaneamente* oppure *successivamente* la opera sua ad entrambo le parti: caso già preveduto dalla *l. 4, §. 4, ff. de his qui notant. infamia*, e *l. 1, §. 1, et l. 3, §. 2, ff. de praevaricat.* Quando ciò si faccia *contemporaneamente* è evidente lo accordo doloso. Quando però il patrono dopo avere onestamente difeso il suo cliente fino ad un certo periodo della lite lo abbandoni o ne sia abbandonato, ed allora assuma la difesa dell' avversario, può sembrare che in simile conteguo vi sia una mera indelicatezza e non il vero delitto di prevaricazione. Pure si accolse da molti (1) la regola più severa, perchè si considerò che il patrono nel secondo periodo della sua difesa poteva abusare di cognizioni *di fatto* e segreti acquistati nel primo periodo per la sua qualità di difensore. Ma qui nacque la disputa sulla intelligenza della formula *nella medesima causa*. Si dubitò se la causa portata in appello dovesse dirsi diversa dalla prima: ma questo dubbio mi sembra futile. Si dubitò se dovesse dirsi *la stessa causa* una lite promossa dalla parte contro un nuovo avversario dopo ultimata la precedente contro il primo avversario, perchè per avventura fondata sull' identico titolo o sul medesimo principio dal quale

mnoveva la prima: e prevalse la negativa. E veramente al patrono non si può imporre nè una *fede personale,* nè una *fede giuridica* come dovere assoluto del suo ministero. Cosicchè se oggi combatta il cliente che altra volta patrocinò; o venga in giudizio a propugnare una massima od una interpetrazione contraria a quella che fu altra volta da lui propugnata, potrà rimproverarsi di leggerezza od anche di poca delicatezza, ma non potrà dirsi colpevole di un' azione delittuosa. Ma se per altro nella nuova lite il patrono si valesse a danno del suo vecchio cliente di segreti che questi avesse a lui confidato nella sua prima difesa io vi troverei bene gli elementi di malefizio punibile o come *prevaricazione impropria,* o come rivelazione di segreti qualificata.

(1) Non mancano peraltro scrittori di vaglia che neghino l' applicabilità del titolo di prevaricazione alla prestazione *successiva* di patrocinio ai due litiganti nella medesima causa. Questa opinione più mite sembra prevalere appo i commentatori del codice penale Austriaco. I vecchi pratici sulle orme del Bartolo vollero distinguere fra patrono che avesse abbandonato il primo cliente per passare a nuovi amori; e patrono che ne fosse stato abbandonato. Ma questa distinzione mi sembra piuttosto etica che giuridica. Altri ha voluto si distingua se il patrono col mutare le sue parti abbia o non abbia recato *danno* al cliente. Ma questa opinione non mi persuade, perchè troppo empirica, e perchè sostituendo il criterio del danno *particolare* al criterio del danno *universale,* e la indagine sul danno *effettivo* alla indagine sul danno *potenziale,* viene a denaturare il titolo di prevaricazione, e ad alterarne i criterii essenziali. D' altronde apre l' adito a delle ricerche troppo difficili il più delle volte ad essere portate

alla necessaria chiarezza. È notabile in ordine alla difesa contemporanea delle due parti un giudicato della Corte di Cassazione di Torino del 10 marzo 1866, inserito o annotato negli *Annali di giurisprudenza italiana part.* 2, *pag.* 78, dove respingendo ogni cavillazione e sotterfugio stabilì che ai termini dell' art. 310 del codice penale Sardo non è elemento necessario di prevaricazione nè che vi fosse mandato scritto, nè che l' avvocato abbia firmato gli atti per una parte e per l' altra, nè che abbia fatto personali comparse in tribunale, nè che sia derivato alla parte un danno effettivo. Basta che abbia in qualsiasi modo partecipato alle difese di ambo i litiganti. La teorica del danno potenziale fu sapientemente rispettata in questo giudicato. Ed io loderò sempre ogni interpretazione per quanto rigida che valga a mantenere la dignità di uomini i quali dovrebbero essere esempio perpetuo non solo di onestà ma anche della più squisita delicatezza. In pratica si esaminò ancora la questione se un avvocato divenuto giudice potesse giudicare in una causa da lui precedentemente patrocinata: Cabedo *decisiones Lusitanae decis.* 20, *lib.* 1. La negativa è manifesta.

§. 2605.

Completa la definizione di questo reato la formula *per veduta di proprio lucro*, la quale esprime il terzo elemento essenziale del malefizio. Io penso (quantunque la contraria opinione sia più ricevuta) che della *venalità* (1) debba farsi un estremo indispensabile in questo malefizio. Può bene concepirsi il fatto riprovevole di un avvocato che tradisca il proprio cliente colludendo con l' avversario per nimistà od odio segreto: può immaginarsi il fatto doloso di un patrono che pregiudichi le ragioni del proprio cliente mosso da importuna pietà verso l' avversario perchè vegga per avventura che l' esito

della lite sarebbe per recare la ultima rovina ad una desolata famiglia: può pure il moralista anche in tali ipotesi stigmatizzare il contegno infedele come vituperevole e malvagio: ma difetta, a parer mio, lo elemento politico di un danno mediato bastevole a dare a quella infedeltà il carattere di delitto civile. Questa mia particolare opinione non è però accolta nelle legislazioni contemporanee; e forse lo accoglierla in un testo di legge può essere pericoloso per la facilità della scusa. Spetterà peraltro al giudice valutarla quando dal sentimento pietoso che mosse il patrono ei ne desuma argomento di mancanza di dolo. Pongasi che un patrono abbia dilazionato di qualche giorno una esecuzione mobiliare per riguardo alla grave malattia che opprimeva il debitore, e poscia l' abbia regolarmente eseguita: quella dilazione fu un *accordo*, e cade sotto la lettera. Ma se al giudice rifuggirà l' animo dallo infliggere una pena contro chi esitò a precipitare nel sepolcro un infermo, potrà bene negare il *dolo*, e nessuno saprà censurarlo.

(1) Alcune legislazioni contemporanee, e conseguentemente parecchi criminalisti, non limitano il criterio della prevaricazione alla *veduta di lucro*; ma vogliono punito sotto questo titolo l' avvocato che tradisca il cliente anche per mera passione di odio o per un altro affetto non venale. Esplicito in questo senso è il §. 102 lett. *d* del codice Austriaco, il quale altro non fece se non riprodurre la dottrina comunemente prevalsa fra i criminalisti Alemanni in base all' articolo 115 della C. C. C. dove niente parlandosi del movente al delitto dovette bene respingersi dagl' interpetri ogni distinzione circa la indole dello affetto che aveva indotto a prevaricare. La Costituzione criminale Carolina aveva dettato le

sue sanzioni contro i soli *procuratori*, ma qui la pratica usò di una interpetrazione estensiva soggettando ad identiche repressioni anche gli avvocati: Kress *ad art.* 115, §. 1 — Schiltero *exercitat* 5, *thes.* 37 — Banniza *delineatio* §. 432. E veramente vi è tale convergenza fra le funzioni dei due ceti che sarebbe repugnante ed assurdo non estendere all'uno le discipline e le repressioni dettate per l'altro. Sulla delimitazione di questi due ordini e sulla origine della medesima, è a consultarsi oltre i già citati: Bataillard *les origines de l'histoire des procureurs et des avoués depuis le cinquième siècle jusqu' au quinzième, Paris* 1868. Alcuni nel definire la prevaricazione usarono il verbo *assistere* l'avversario, anzichè il verbo *accordarsi* da noi preferito. Ciò diede occasione alla singolare questione se un avvocato il quale soccorra del proprio con denaro il suo avversario si renda colpevole di prevaricazione. E fu la questione risoluta in senso negativo, perchè la sovvenzione pecuniaria è un atto di privato nel suo particolare, e non è un atto di ufficio dell'avvocato come tale.

§. 2606.

Del resto anche qui la voce *lucro* spendesi in quel senso lato che abbiamo già parecchie volte esemplificato: qualunque cosa appetibile rappresentante un godimento materiale promessa o data ad un patrono perchè tradisca il proprio cliente e dal patrono accettata, costituisce lo estremo della *venalità*. Bensì in questa specialità può nascere una questione relativamente ad un lucro che il patrono miri a conseguire col manomettere maliziosamente le ragioni del suo cliente, ma senza percepirlo dalle mani dello avversario: mi spiego. Trattasi di una lite che dipende dallo sciogliere un problema generale di in-

terpetrazione di nna legge che può refluire sopra un numero indefinito di casi simili; per esempio, la validità di un testamento con certe forme. Ora avviene che l' avvocato il quale dovrebbe sostenere la nullità del testamento nello interesse del suo cliente abbia egli stesso nn legato o una eredità mercè un testamento che presenterebbe il vizio dennnciato oggi come cansa di nnllità. L' avvocato accetta la difesa per cni si impegna a far pronunciare dai tribunali che quella forma è viziosa. Ma egli viene a riflettere che proclamata siffatta interpetrazione la massima giurisprndenziale offrirà nn' arme ai suoi cugini per insorgergli contro ed irritare il testamento che lui aveva beneficato in pregiudizio loro. Questo pensiero spinge il patrono a collndere (senza premio) con lo avversario, per fare sorgere una giurisprndenza che lo renda sicuro nel proprio interesse. Quando ciò si provi per confessioni e snccessive jattanze dello stesso avvocato potrà costui denunciarsi come prevaricatore? Io ritengo che no. Non avvi in cotesto fatto la brnttura del mercato della ginstizia qnantnnque possa trovarvisi nn fine indiretto di lucro: la specialità del caso rende minimo lo allarme e lo istrnire una inqnisizione in cotesto senso porterebbe ad indagini sempre astruse e pericolose. Sarà dunque indelicato (1) e biasimevole il contegno di tale patrono, ma difficilmente si potrà sostenere che sia criminoso.

(1) Sono tali i riguardi di delicatezza necessari all' esercizio della professione di avvocato che si dubitò persino se nella medesima lite potesse permettersi la difesa delle parti avversarie a due fratelli esercenti la professione di patroni.

Il Creil trovò in questo dubbio materia per una elegante disputazione intitolata *De duobus fratribus in eadem lite partium adversarum patrocinium suscipientibus;* che è la 57 nella sua raccolta, *fascic.* 7, *pag.* 1176. E sebbene traesse argomento di dubbio dalla *leg.* 1, §. 6 *ff. de postuland.* che autorizza il pretore a removere dalla difesa di una lite chiunque porga sospetto di prevaricazione, concluse che ciò potesse tollerarsi. Ma insegnò peraltro che qualora il giudice destinasse di uffizio un avvocato alla difesa di una causa, questi potesse ricusarsi dallo accettarla quando mostrasse che il difensore dell' avversario era il suo stesso fratello. Sarà peraltro sempre prudente che gli avvocati si astengano da siffatte equivoche situazioni, e da quanto può dare occasione di gettar loro in faccia la dolorosa sentenza di Tertulliano *(De Pallio, cap.* 5) *plus togae laesere rempublicam quam loricae.* Si disputò ancora se fosse lecito all' avvocato ricevere dal proprio cliente una donazione remuneratoria: Cabedo *decisiones Lusitanae decis.* 19, *lib.* 1.

§. 2607.

Molti giuristi ravvisarono un caso di *prevaricazione* nel *patto quotalizio.* Ma sebbene tale nomenclatura si adotti da Puccioni *(saggio pag. 351)* io non saprei seguitarla. Non è già che io faccia questione sulla improbità delle convenzioni per le quali il patrono si fa socio del cliente nel ricupero della cosa litigiosa. Tale improbità non solo si dimostra per l' autorità della *leg. 53, ff. de pactis; leg. 5, 6,* §. *2, C. de postul.;* ma per lo stesso senso morale a cui repugna che l' ufficio di patrono, il quale dovrebbe essere sempre imparziale e coscenzioso, pongasi in conflitto con una speculazione. Ma io dubito se di ciò possa farsi titolo di *delitto,* per-

chè non vi trovo sufficiente elemento politico: e ad ogni modo, quando pure se ne volesse fare un reato, non mi parrebbe che il titolo di *prevaricazione* fosse quello da adattarvisi; avvegnachè ben lungi dallo essere un tradimento del cliente ed un difetto di zelo, il patto quotalizio è odioso precisamente per l'opposto sospetto di troppo zelo. Loderò dunque il codice Toscano che imitando il codice Gregoriano (art. 206) ha contemplato il patto quotalizio all'art. 197 come reato. Ma poichè questo codice la vera prevaricazione (descritta agli art. 198, 199) punisce col carcere da tre mesi a tre anni, mentre contro il patto quotalizio minaccia una multa da cento a mille lire: e poichè quel capitolo non intitola già della *prevaricazione*, ma gli dà la più generale rubrica di delitti dei *causidici;* non parmi autorità che basti a giustificare la enumerazione di questo fatto fra i modi di *prevaricazione*. Sarà un abuso di funzioni; o meglio una *concussione impropria* se valutasi la ragione addotta dallo stesso Puccioni e da Giuliani *(vol. 2, pag. 155)* per non punire il cliente; vale a dire che questi abbia subito la legge impostagli dalla ingordigia del patrono: ma una *prevaricazione* non può dirsi, senza confondere col significato *speciale* di questa parola, il suo significato *generale* che comprende (§. 2594) qualunque deviazione dell' ufficiale dal proprio dovere. Osservo poi che non molto persuade la distinzione fra la parte *aliquota* della cosa litigiosa, e la *parte quanta* che siasi pattuita. Posto che sia criminoso per il pericolo di slealtà il pattuire sulla vittoria, i timori mi sembrano ugualmente gravi se fu promesso all' avvocato il *terzo* dei tremila fran-

chi rappresentante il capitale litigioso, come se un premio di mille franchi: ed ognuno comprende che tale distinzione offre modo facilissimo ad eludere la legge (1).

(1) Altri adattò il titolo di prevaricazione anche ai medici che chiamati a curare un ferito omettano di darne referto: ma il Koch (*Instit.* §. 559) bene osservò *hoc fieri sine jure, quamvis non negem eos poenam mereri.* Anche il Buccellati nel suo libro intitolato *Osservazioni sul progetto del codice penale del Regno d' Italia,* alla *pag.* 325, sostiene la opinione che il patto quotalizio per quanto indelicato non dovrebbe mai elevarsi a *reato,* ma riportarsi fra le trasgressioni di polizia; o meglio rimettersi alla camera di disciplina degli avvocati, alla quale dovrebbe tornarsi ad affidare (indipendentemente da qualunque intrusione del potere esecutivo) la vigilanza del ceto, e la facoltà d' infliggere il monito, la censura, e la sospensione.

§. 2608.

La penalità di questo reato se si determinasse col criterio dei moralisti dovrebbe rendersi severissima. Virgilio nel suo inferno locò i traditori dei clienti insieme a coloro che la mano sacrilega avessero portato contro la persona dei genitori *pulsatusve parens aut fraus innexa clienti.* Ma sotto il punto di vista politico si guarda questo reato con minore severità. In generale i legislatori si limitarono alla pecuniaria ed alla interdizione spesso *temporanea:* alla quale io sento decisa repugnanza. Una sospensione temporanea di uffizio per piccole mancanze che non mostrano depravazione di animo può essere pena esemplare, correttoria e convenientis-

sima. Ma per fatti che rivelano avidità invereconda e decisa depravazione dell'animo non dovrebbe ammettersi mai il ritorno del colpevole nel rispettabile ceto. Troppo è sacro il sacerdozio della giustizia; troppo sono delicati i riguardi che si debbono alla pubblica fiducia. Che torni ad indossare la toga un curiale, od a ricevere un testamento un notaro dopochè servì di spettacolo al pubblico in un giudizio criminale; che quel giudice che pronunciò la sua condanna come infame prevaricatore, debba dopo un anno o due di taumaturga prigione porgere a lui reverente l'orecchio; e che in quella medesima sala egli rieda ad imporre ad altri la credenza nella propria lealtà, la reverenza per la propria onestà e dottrina, e ad avere in sua balia i più vitali interessi delle famiglie, ella è cosa che a me non persuade, e sento che soffrirei di malumore il contatto di simili confratelli. Senza spingere il rigore fino ad applicare ai sacerdoti della giustizia il celebre motto di Cesare intorno l'adulterio della sua moglie, quando una solenne pronuncia verificò la profanazione della toga, questa nobile veste non più dovrebbe indossarsi da chi la prostituì; ed il velo irremovibile di Faliero dovrebbe in perpetuo coprire il suo nome su quell'albo che da lui venne disonorato. D'altronde cosa volete che faccia costui dopo il suo ritorno alla professione? Quali saranno i clienti che vorranno affidargli affari? Sfuggito dai colleghi, guardato con diffidenza dai giudici, deserto di clientela egli non troverà nella solitudine del suo scrittoio che la occasione di supplire con modi inonesti ai crescenti bisogni; e colà accorreranno soltanto coloro

i quali avranno desiderio di un complice a qualche insidia, a qualche frode, a qualche soverchieria (1).

(1) I pratici la prevaricazione del patrono nei giudizi criminali vollero punita con la regola del talione per argomento dalla *leg. penultima ff. de praevaricationibus.* Ma in generale fu arbitraria: Menochio *de arbitrariis cas.* 523, *n.* 12 — Puttmann *elementa jur. crim.* §. 520. La Carolina all'art. 115 minacciava la fustigazione e la relegazione: ma la pratica germanica introdusse pene più miti: Koch *institut.* §. 560. Tornò invece a più esagerato rigore la Costituzione Teresiana all'art. 69, §. 2.

§. 2609.

Il codice Toscano agli art. 198 e 199 infligge contro i patroni prevaricatori la interdizione perpetua, la multa da duecento a duemila lire, e nei casi più gravi la carcere da tre mesi a tre anni; senza porre come estremo del malefizio la veduta di lucro. Il codice Sardo all'art. 311 invece richiede come estremo *i doni, offerte* o *promesse;* e minaccia il carcere, la multa da lire trecento a tremila, e la sospensione dall'esercizio della professione e di ogni pubblico uffizio per un tempo estensibile ad anni quindici (1).

(1) Questo delitto è previsto e punito dal codice Spagnuolo (art. 274) con la inabilitazione temporanea e multa da venti a duecento *duros;* dal codice Austriaco (§. 102, 103) come abuso del potere di ufficio con il carcer duro da uno a dieci anni; dal codice Portoghese (art. 239) con la sospensione temporanea e multa; dal Prussiano (§. 329) con la carcere non

minore di tre mesi estensibile alla casa di forza fino a cinque anni; dal codice delle Isole Jonie (art. 366) con la interdizione fino a dieci anni e multa; e nei casi più gravi col secondo grado di casa di disciplina e con la interdizione perpetua; dal codice di Malta con la interdizione temporanea e multa, e nei casi più gravi con i lavori forzati fino a diciotto mesi e con la interdizione perpetua; dallo Svedese (cap. 22 §. 14) con l'ammenda; dal Boliviano (art. 379) con la reclusione da due a quattro anni e multa.

Titolo II.

Calunnia.

§. 2610.

La parola *calunnia* ha due significazioni. Nell' uso volgare esprime un concetto più largo, applicandosi indistintamente al fatto di chiunque o per mezzo di scritti o per mezzo di parole vada imputando ad altri un fatto determinato che per sè stesso o per la pubblica opinione è delittuoso o capace di ingenerare contro l' autore suo l' odio od il disprezzo del cittadino. Nel senso più *speciale* e *proprio* il linguaggio legale riserbò il nome di calunnia alle imputazioni che fornite dei suddetti caratteri fossero portate innanzi alla giustizia (1).

(1) La etimologia della parola *calunnia* si vuole desumere dalla antica voce *calvo, calvi, calutum, calvire; leg. calvitur* 233 *pr. ff. de v. s.* quasi alludendo alla delusione di chi tenti afferrare pei capelli persona calva: Menagius *amoenitates juris, in verbo calumniatores, pag.* 319, 321. Si adoperò ancora in senso figurato per qualunque artifizio di

parole (Cicerone *de republica* 2) e per qualsivoglia malizia od inganno colpevole. Più specialmente i civilisti diedero a questa parola un terzo significato, indicando con la medesima ogni petizione ingiusta che si inoltri ai tribunali chiedendo come a sè dovuto ciò che si sa non dovuto: e qui venne appo i romani il costume che all' attore in causa civile si facesse prestare lo *juramentum calumniae.* (Setser *de juramentis lib.* 3, *cap.* 1, *n.* 4. — Raevardus *variorum lib.* 5, *cap.* 10) e anche le liti civili si dissero calunniose quando temerariamente promosse e sostenute per altrui vessazione: *leg.* 255, *ff. de v. s.* — *leg.* 19, *ff. ad exhibend.* — *Instit. tit. de actionibus* §. *actio calumniae* — *leg.* 1, §. *per calumniam ff. si mulier ventris nomine.* L' uso della parola calunnia nel puro senso *civile* dovette pertanto sul fondamento del giure Romano e Canonico mantenersi anche nelle più recenti pratiche italiane: vedasi nella *collezione delle Decisioni Modenesi* compilata per cura di Bosellini e Veratti la *decisione* 255, *vol.* 6, *pag.* 307. Molte altre figurate eccezioni della voce calunnia notò lo Striklo *dissert. de calumnia; in ejus collectae vol.* 9, *disp.* 20, *cap.* 1, §. 3, 4 — Manzi *de advocatis tit.* 7 *de calumniatoribus.* Ma da tutte queste varie significazioni noi qui facciamo completa astrazione.

§. 2611.

È evidente che usando nel primo senso generale la parola *calunnia* (1) o si verrebbero a promiscuare sotto il medesimo nome due reati che hanno un obiettivo radicalmente distinto; cioè la *diffamazione* (§. 1713) che è delitto contro l' onore (2) e la vera e propria *calunnia* che è reato sociale contro la pubblica giustizia: oppure riserbato il nome di calunnia alle diffamazioni, bisognerebbe dare al reato di calunnia un altro nome distinto; per esempio *denuncia calunniosa.* Noi stimiamo pertanto inesatto

adoperare la parola *calunnia* nel senso volgare, quantunque ciò piacesse ai compilatori del codice Francese (art. 367) e ad altri che imitarono quel codice.

(1) Bibliografia — Angelo *de delictis cap.* 26, *pars* 2, *cap.* 51 — De Bye *de delicto calumniae in publicis judiciis* — Bonjean *de calumnia* — Bonfino *in bannimenta cap.* 12, *n.* 17 *et seqq.* — Cantera *quaest. crimin. praelud.* 6 — Damhouder *praxis rer. crim. cap.* 130 — Solorzano *de jure Indiarum lib.* 4, *cap.* 8, *n.* 56 — Corsi *indagationes juris lib.* 2, *cap.* 17 — Castillo *controv lib.* 5, *cap.* 21 — Brencmann *de fatis calumniae sub imperatoribus* — Puttmann *Dissertatio de delatoribus praemiis haud excitandis, in ejus Opuscula n.* 10 — Carmignani *elementa* §. 845 — Giuliani *istituzioni vol.* 2, *pag.* 156 *e segg.* — Puccioni *saggio di diritto penale pag.* 375, §. 13.

(2) In questo senso lo Strykio (*Disp. de calumnia cap.* 2, §. 18) noverando per lungo con la consueta sua erudizione tutte le cause che danno origine alla calunnia, ricorda fra queste la avidità dei tipografi insieme alla avidità degli avvocati; così unificando la calunnia *giudiciale* e la *stragiudiciale:* la quale distinzione non deve essere confusa con l'altra della calunnia *pubblica* e *privata.* Questa divisione ha causa dal giudizio romano; onde si disse la calunnia o pubblica o privata secondo che era avvenuta in giudizi pubblici o in giudizi privati: Wesembecio *Paratitla ad Senatusconsultum Turpilianum n.* 1. Anche Pagani, che nel suo trattato *delle ingiurie e calunnie* (*Milano* 1855) declamò, a *pag.* 53 *e seguenti,* contro il mal uso odierno di lacerare le altrui reputazioni, prende la parola *calunnia* nel senso volgare di diffamazione.

§. 2612.

Reo di *calunnia* diciamo pertanto — *chiunque scientemente presenta all' autorità mendaci asseverazioni di fatto al fine di eccitare contro un cittadino un processo penale, e farlo condannare ad una pena non meritata* (1). Stimo inesatto ciò che generalmente ripetesi nella definizione della calunnia; vale a dire che la medesima debba essere diretta alla condanna di un *innocente:* e le ragioni che di ciò mi persuadono sono evidenti.

(1) L' obiettivo giuridico del reato di calunnia è la *pubblica giustizia:* e questo basta a costituirne la essenzialità. Ma dato il concorso nello agente della *scienza* della falsità dell' accusa, la quale scienza ha per necessario contenuto una intenzione malvagia, è indifferente cercare qual fosse il preciso *fine* al quale tendeva il calunniatore. Il Dott. Ruff in una sua dissertazione intitolata — *Sulla pravità d' intenzione occorrente pel crimine di calunnia* (inserita nell' *Eco dei Tribunali, anno duodecimo, n.* 1157) ha dettato queste parole — ivi — *È chiaro che nella falsa incolpazione di un crimine innanzi l' autorità la intenzione è diretta a provocare una inquisizione contro l' incolpato: essa esclude di per sè la intenzione di ledere nell' onore.* Io non comprendo questo concetto: non comprendo cioè come possa dirsi che la calunnia *esclude l' animo di ledere nell' onore,* mentre invece pare a me che ciò sia un *contenuto* necessario ed impreteribile della calunnia. Vi sarà qualche cosa di più pravo, ma il più non sempre esclude il meno. Infatti contemplando l' animo del calunniatore si possono fare tre ipotesi — 1.° Che esso spinto dall' *odio* aneli di fare cadere una *pena* sul capo del suo nemico: ma poichè una pena non si può incorrere senza detrimento

all' onore, chi vuole quella vuole implicitamente anche questo — 2.° Il calunniatore può benissimo conoscere di non aver mezzi per ottenere la condanna; e non ostante appagarsi di quel sospetto che l' accusa lascierà sempre nel suo nemico, giusta la nota sentenza di Beaumarchais: *calunniate, calunniate, resterà sempre qualche cosa.* In questa ipotesi è chiaro invece che il maligno ebbe la precipua intenzione di ledere nell' onore il suo nemico — 3.° Finalmente il calunniatore può talvolta non avere nessuno impulso di *odio*, ma altre vedute di suo privato vantaggio: per esempio, escludere un competitore ad un impiego o ad un matrimonio; farsi gloria di zelante cittadino; dare appoggio ad un partito politico; o simili. Costui veramente potrà dirsi indifferente così alla condanna come al disonore del calunniato, perchè in ciò non sta il vantaggio che agogna. Ma nonostante ciò non parmi che anche in questa terza ipotesi si escluda l' animo di ledere l' onore: la lesione all' onore sarà nel disegno di costui *mezzo* e non *fine*. Sarà conseguenza accessoria e non lo effetto precipuamente voluto: ma sarà pur sempre impossibile escludere dall' animo di costui la coscienza di ledere l' altrui onore, e l' aggressione a questo sarà sempre un contenuto del suo disegno. Sia che vuolsi di ciò; certo è che la indole di questo delitto, niente si muta per la possibile diversità dei *fini particolari* del colpevole. Suppongasi l' *odio*, suppongasi lo *spirito* di parte, suppongasi uno *interesse* personale, suppongasi ancora che si calunni per fare una grossa *speculazione* sui danni e interessi, a me non pare che di ciò possa farsi neppure un criterio misuratore non che un essenziale. Forse un aspetto di degradante potrà trovarsi eccezionalmente nella rara ipotesi di chi accusi altri del delitto che egli medesimo ha commesso, nella veduta di stornare la pena dal proprio capo. Ma anche in questa rara ipotesi non si esclude davvero l' animo di ledere l' onore altrui.

§. 2613.

Infatti la calunnia tanto può cadere sul *materiale,* quanto sullo *speciale,* quanto sul *formale* di un delitto.

È calunnia sul *materiale* quando s' inventa un delitto non esistente, per imputarlo ad una determinata persona. Senza tale *direzione* non si avrebbe la *calunnia* ma il reato di *simulazione di delitto,* che troveremo fra poco: e lo è pure quando per odio contro il colpevole, e con veduta di lucro si esagerano le circostanze del materiale (per esempio, denunciando il furto di mille quando era di cento) o vi si aggiungono delle aggravanti false (per esempio, denunciando il furto come accompagnato da violenza o da scasso mentre realmente nol fu) o si fa reticenza maliziosa delle circostanze che diminuirebbero il materiale del reato.

Si ha calunnia nello *speciale* quando un delitto vero s' imputa a chi non vi ebbe parte.

Si ha calunnia nel *formale* se il delitto vero s' imputa al vero delinquente, ma con circostanze false che ne modifichino la proeresi criminosa: per esempio, imputando al feritore di averci aggredito inattesamente e senza causa, onde fargli sopportare la pena della lesione premeditata, mentre infatti noi lo avevamo provocato.

§. 2614.

È chiaro che nel terzo caso, e nella seconda ipotesi del primo caso l' accusato non è innocente in

senso *assoluto*, ma solo in senso *relativo*. È colpevole di un delitto; ma è innocente in rapporto allo scasso, alla violenza, alla premeditazione che gli si vuole falsamente affibbiare. Dicendo che lo scopo della denuncia dev' essere quello di sottoporre un cittadino ad una *pena che si conosce* (1) *non meritata*, si evita l' equivoco che la parola *innocente* nella definizione comune della calunnia può suscitare. La calunnia è un delitto tutto subiettivo. La innocenza dell' accusato non è condizione: ne è condizione la falsità dell' asserto di chi lo accusa.

(1) La *scienza* della falsità è indispensabile elemento di questo reato. L' *errore* lo scusa sempre. E bisogna dire che lo scusa anche lo errore *vincibile* se (come tutti concordano) non è proponibile un' accusa per *calunnia colposa*. Questa proposizione si è sanzionata esplicitamente dalla Corte di Messina nel giudicato del 23 febbrajo 1870 riferito nella *Temi Zanclea anno* 1, *n.* 5. Certamente un' accusa insussistente potrà, quantunque lanciata a buona fede, dar ragione a riparazioni nelle vie civili. Ma sarebbe impolitico punire la *colpa* di non avere scoperto il vero autore di un delitto patito quando sono vere le circostanze di *fatto* asseverate come base del sospetto, e soltanto vi fu divergenza nella valutazione critica delle medesime come indizi. Anzi deve qui notarsi come singolarità la scusa nascente anche dall' errore di *diritto*. Se io denunciai come *scasso* o come *scalamento* una circostanza che in sè era vera ma non costituiva *nè scalamento nè scasso* per il disposto della legge, io non sono un calunniatore. Vedasi la nota a §. 2617.

§. 2615.

E questa nostra critica non è puramente tecnologica. Essa conduce ad importantissimo divario nelle

più vitali conseguenze. In primo luogo se alla punizione del calunniatore si richiede come estremo essenziale la *innocenza* dello accusato, è intuitivo che quando per odio o veduta di lucro io falsamente opponga a chi difatto mi derubò, una circostanza aggravante per cui venga a subire la pena di sette anni di casa di forza mentre non avrebbe meritato che al più un anno di prigionia, ove scoprasi la mia maligna impostura io potrò all' accusa di calunnia che contro me si diriga rispondere che lo accusato non era innocente; e così aderendo al rigore della lettera io verrò ad evadere la pena minacciata ai calunniatori. Qual sarebbe allora il titolo da applicarsi a simile fatto, che pure è malvagio e dannoso? Se io non avessi fatto deposizione in giudizio ma sola denuncia non potrebbe supplirsi alla mia punizione col titolo di falsa testimonianza: e la funzione di testimone io potrei facilmente evitare col costituirmi parte civile. Dovrei dunque rimanere impunito!

§. 2616.

In secondo luogo pongasi pure che pel fine di punirmi, la parola *innocente* si prenda in senso *relativo* e non in senso *assoluto;* e mi si risponda che l' accusato era *innocente* rapporto a quella circostanza falsa, con aggiungere la quale io volli condurlo a pena esagerata; e così si mantenga a mio carico il titolo di calunnia. Allora ne sorgerà una ingiustizia per l' opposto lato in ordine alla pena che a me si vorrà applicare. Infatti il criterio (d' altronde giustissimo) sul quale si misura la pena dovuta ai calunniatori è quello della pena che il ca-

lunniatore ha fatto cadere sul capo dello innocente. Ma se colui non era innocente ed avrebbe anche secondo la verità delle cose meritato (a modo di esempio) quattro anni di prigionia, ed io con la circostanza falsamente aggiunta lo feci cadere sotto una condanna di quattro anni di casa di forza, come si svolgerà egli nella prudenza del giudice il suddetto criterio misuratore? O voi non mi punite perchè la mia vittima non era innocente, e questo è nno scandalo. O voi mi punite con la misura tassativamente ordinata dalla legge irrogandomi quattro anni di casa di forza, e questa è una ingiustizia. È una ingiustizia, perchè si equipara nella punizione chi recò altrui lo ingiusto danno di nna condanna a quattro anni di casa di forza, a chi recò altrui soltanto lo inginsto danno della differenza che passa fra quattro anni di casa di forza e quattro anni di prigionia.

§. 2617.

Uso la parola *scientemente* e non l'altra *dolosamente*, perchè nella *scienza* della falsità di ciò che si denuncia è inseparabile il dolo (1). Dico mendaci asserzioni di *fatto*, perchè qualunque artifizio che nn offeso, o chi per lui, adoperi onde insinuare un falso concetto giuridico, e condurre (sia pure scientemente) i giudici ad nn errore di diritto che alteri il vero titolo del reato ed aggravi la condanna, se potrà costituire nna slealtà immorale non costituirà calunnia.

(1) La necessità del *dolo* come base cardinale della imputazione di calunnia emana dai principii fondamentali del

reato d'*ingiuria: l.* 3, §. 1; *l.* 4, 5, §. 9, *ff. de injuriis.* Laonde nessuno dubitò mai nella pratica che evadesse ogni pericolo di condanna colui che presentasse al magistrato una denunzia per fatto non vero quando egli lo aveva denunziato credendolo vero, e porgendo alla autorità gl' indizi e le congetture che nel giudizio suo persuadevano la verità dell'accusa: Wernher *Observationum Forensium vol.* 2, *pars* 6, *observ.* 282, *pag.* 11. Malgrado questa comune dottrina lo acutissimo ingegno del Prof. Geyer nelle sue osservazioni sul Progetto di codice Austriaco ha creduto di proporre come possibile la figura giuridica di una *calunnia colposa,* ed ha immaginato la esemplificazione di simile titolo nella ipotesi complessa di due fatti, l' uno *volontario* e l' altro *involontario.* Il volontario (se male non ho compreso la idea di Geyer) si avrebbe nella ipotesi di alcuno che abbia divulgato contro determinata persona la affermazione di un fatto punibile. Lo *involontario* sarebbe il successivo evento che un pubblico Ufficiale, raccolta quella voce per tal guisa divulgata imprudentemente, ne avesse preso occasione d' instituire formale processo contro quel cittadino che la mala voce denunziava autore di quel delitto. Qui (secondo Geyer) pare che si voglia trovare una forma di *calunnia colposa.* Certamente non potrebbe dirsi *dolosa,* ammenochè il pubblico ufficiale non avesse a sè chiamato il divulgatore della falsa accusa, e lo avesse invitato a farne formale denunzia; nel qual caso cesserebbe ogni disputa. Ma ciò mancando potrà egli veramente adattarsi a quella ipotesi il titolo di calunnia *colposa?* Malgrado la reverenza che professo all' autore di quel concetto, io persisto a dubitarne. Nessun dubbio che quel divulgatore imprudente di falsa accusa commetta il reato di diffamazione: nessun dubbio che nella misura della quantità del reato debba entrare in calcolo il danno cagionato al terzo con quel procedimento provocato (quantunque involontariamente) dal diffamatore. Ma il titolo di calunnia colposa non mi finisce di persuadere; e non ne veggo la possibilità giuridica a cagione della natura tutta *sog-*

gettiva di questo malefizio. Se si guarda il primo fatto della diffamazioone, esso è veramente *doloso;* perchè il dolo nelle ingiurie non si costruisce sulla *intenzione di nuocere* ma anche sulla semplice leggerezza congiunta alla *previsione di poter nuocere,* che costituisce lo *animus injuriandi.*

Nè mi riesce concepire come possa la figura di un reato *doloso* e *grave* quanto la diffamazione, far passaggio nelle serie degli atti meramente *colposi* per una circostanza più seria che (oltre le previsioni dello agente) ha tenuto dietro al fatto doloso. Per me quella è una *circostanza* che aggrava il malefizio ma non lo denatura, nè lo fa mutare di titolo o di classe.

§. 2618.

Taluni all'ombra di qualche frammento del diritto romano immaginarono una forma speciale di calunnia che potrebbe dirsi *calunnia giuridica;* e la configurarono nella ipotesi che si fosse denunciato un fatto vero ed anche malvagio e nocivo, ma che non potesse soggettarsi a pena, o perchè non esistesse legge (1) che lo punisse o perchè l'azione a perseguitarlo fosse estinta per prescrizione *(leg. 1, §. 10, ff. ad Senatusconsultum Turpil.)* o per transazione. Onde il Leyser *(medit. ad pandect. spec. 626, med. 10)* sull'argomento della *leg. 12, §. 1, ff. de accusation.* sostenne doversi punire chi denuncia un delitto vero coperto dalla amnistia. Io non credo nel giure odierno accettabile siffatta tesi. È vero che lo errore di diritto non scusa: ma questa regola generale vuol essere intesa giudiziosamente. L'errore di diritto (come già notai ai §. 259 nota) non scusa quando si alleghi la ignoranza della legge che punisce il proprio fatto colpevole. Ma quan-

do si giustifichi la ignoranza di disposizioni o regole influenti sulla colpevolezza del fatto denunciato, la medesima conduce alla esclusione del dolo ed alla conseguente cessazione della imputabilità. Come punire colui che denunciò un delitto vero coperto dallo indulto quando ignorava la esistenza dello indulto (sia pure anche questo una legge) o non comprese che quel reato rientrasse nello indulto? La unica ipotesi che in questo tema possa dare ragione di dubitare è quella di chi proponga una accusa contro un reato perseguitabile ad azione privata dopo di avere transatto. In tale ipotesi potrebbe forse ravvisarsi una malizia colpevole ed un tranello per fare condannare chi non dovrebbe esserlo, nella speranza che la transazione sia dimenticata, o non riesca costruirne la prova. Qui la mala fede del denunciatore non vorrebbe coprirsi con la ignoranza della legge, ma con la ignoranza del fatto proprio; e la questione sarebbe di *fatto:* voglio dire relativa a decidere se il denunciante avesse o no giusta ragione per credere che la transazione non fosse valida, o che più non lo legasse perchè (a modo di esempio) non si fosse dall' altro soddisfatto alle promesse d' indennità. Ma anche eliminata ogni scusa, l' artifizio, per quanto doloso e gravido di pericolo, non potrebbe mai dirsi calunnia, per difetto della falsa asseverazione di fatto. Per questa radicale ragione non potrei ammettere la querela di calunnia contro chi denunciasse un delitto vero abolito dall' amnistia, quando anche si dimostrasse palpabile il dolo, e lo spirito di vessazione in chi inoltrò la improponibile accusa.

(1) Chi vorrebbe, a modo di esempio, punire come calunniatore quel figlio di rustica progenie da più rustica progenie educato che adisse il giudice denunciando di essere stato stregato da un suo vicino? Costui meriterebbe ben altri provvedimenti; ma non la prigione. Al contrario per elemento della calunnia occorrendo che il fatto denunciato oltre ad essere *falso* sia ancora *punibile*, s' insegna a buona ragione che quando fu denunciato falsamente un fatto delittuoso, ma non più punibile perchè coperto dalla amnistia o dalla prescrizione, non può procèdersi per calunnia: Carnot *code pénal art.* 372, *n.* 5 — Haus *Droit criminel n.* 497 — Hoffmann *questions préjudicelles* §. 546. — Cassazione di Francia 28 febbrajo 1812: Corte di Bruxelles 23 maggio 1829. Lo stesso s' insegna per identica ragione quando siasi denunciato un delitto commesso all' estero e che la legge estraterritoriale non permetta di punire fra noi.

§. 2619.

Lo *elemento intenzionale* di questo delitto che si fa consistere nella *scienza*, merita osservazione speciale per la comune distinzione che si fa della calunnia in *presunta*, *manifesta*, e *manifestissima*: distinzione che è classica, ma della quale io non credo accettabili oggidì tutte le classiche conseguenze.

§. 2620.

Dissero *presunta* la calunnia quando il reo non ha chiarito la sua innocenza, ma è stato assoluto per insufficienza di prove. E appunto dicesi *presunta* perchè la insussistenza dell' accusa non è provata, ma è ritenuta soltanto per la presunzione d' innocenza che assiste l' accusato.

§. 2621.

Dicesi *manifesta* la calunnia quando il reo ha chiarito la propria innocenza, ma non è altrettanto dimostrato che l' accusatore fosse sciente di codesta innocenza.

§. 2622.

Dicesi *manifestissima* la calunnia quando il reo ha chiarito la innocenza sua; ed è di più resultato che l' accusatore era sciente di tale innocenza, o maliziosamente per pravi suoi fini spinse oltre l' accusa. Ora in proposito di tale distinzione è comune lo insegnamento che nella calunnia *presunta* non possa farsi luogo ad imputazione contro il suo autore. E qui nulla vi è da osservare. Ma trovasi altresì insegnato che nella calunnia *manifesta* sia esente da imputazione chi promuove l' accusa per dovere di ufficio (1), e non lo sia il privato che ultroneamente la instaurò. Ora questa regola poteva essere vera nel giure romano in proposito del cittadino, che usando del diritto a tutti concesso, costituivasi spontaneo accusatore di un delitto che non lo aveva offeso. Non può altrimenti accettarsi codesta regola nei tempi presenti, nei quali il privato non può costituirsi denunciatore pubblico e sostenitore di un' accusa tranne quando trattisi di delitto consumato a suo danno: nei quali termini sarebbe ingiusto ed impolitico sottoporre alla pena della calunnia colui che ha realmente patito un delitto se lo imputò a chi aveva giusta ragione di sospettare ne fosse autore, e

che egli in buona fede credeva tale. Abbia pure l'accusato posta in chiaro la propria innocenza; sempre sarebbe ingiusto sottoporre a pena il denunciatore, perchè in costui non fu l'animo di nuocere ad alcuno, nè di sfogare ingiusta passione, ma soltanto di esercitare un diritto che credeva competergli. Sarebbe impolitico, perchè ratterrebbe gli offesi dalle denuncie dei fatti criminosi, e dalla indicazione dei sospetti autori con detrimento del pubblico interesse. Oggi pertanto non può aversi calunnia criminalmente perseguitabile nella sola *manifesta;* checchè possa essere delle indennità civili in caso di precipitazione colposa (2).

(1) Questo formò uno degli elementi delle eccentriche invettive che il celebre Marat lanciava nel 1790 contro l'accusatore stipendiato. Vedasi l'interessante opuscolo di Thonissen intitolato *Marat jurisconsulte pag.* 26, riprodotto nelle sue *mélanges, Bruxelles* 1873, *pag.* 201.

(2) In pratica si insegna che l'accusatore ove *non riesca a provare* l'accusa va esente da pena, e solo si condanna nelle spese e nei danni: Bajardo *ad Clarum quaest.* 62, *n.* 19 *et* 31 — Caballo *resolution. cas.* 205, *n.* 5. La ragione di dubitare può nascere nel caso della calunnia *manifesta;* quando cioè l'accusato abbia dimostrato la propria innocenza. A torto però si pretenderebbe di sottoporre a punizione il denunciatore anche in questo secondo caso. Osta a ciò la regola comunemente insegnata dovere andare esente da pena chiunque abbia accusato altri sebbene innocente, quando esso ebbe una giusta credulità della sussistenza del reato che denunciava: Covarruvio *practicarum quaestionum cap.* 27, *n.* 1 — — Leyser *medit. ad pandect. spec.* 551, *medit.* 6 — Mansi *consultationes, consultat.* 279, *n.* 9 — Farinaccio *quaest.* 16, *n.* 71 —

Boehmero *consilia tom.* 2, *pars* 1, *resp.* 57, *n.* 52. Nè io vorrei neppure insistere sulla maggiore o minore *ragionevolezza* della credulità: quando si tratta non di indennità ma di pena corporale. Non credo accettabile in diritto penale il concetto della *calunnia colposa* come delitto: la condizione derivata dalla parola *scientemente*, usata oggidì nella definizione della calunnia dai migliori codici, porta a tale conseguenza. Quando ancora pertanto potesse rimproverarsi a colui che accusò un innocente una troppa facilità di sospetto ed una precipitazione, finchè non gli si potesse rinfacciare una malignità di consiglio non dovrebbe mai sottoporsi ad una pena checchè fosse a dirsi in proposito dei danni. La calunnia come delitto ha per suo essenziale il *dolo;* e questo forma la condizione della calunnia che nelle scuole ebbe il nome di *manifestissima*. La questione se nel delitto di calunnia la colpa lata equivalga al dolo per argomento della *leg. quod Nerva* 52 *ff. depositi* si trattò largamente dai pratici: Farinaccio *de poen. temp. quaest.* 87, *insp.* 1, *n.* 14 *et* 18 — Galli *observationum lib.* 2, *observ.* 110, *n.* 2. Appo molti fece forza l'autorità del Donello *(lib.* 15, *cap.* 7) il quale ferocemente insegnò che quando la legge non disponeva con aperte parole altrimenti, doveva indistintamente in tutti i delitti puoirsi la colpa lata ugualmente che il dolo; fino al punto di applicare senza riguardo le pene infamanti. Molti credettero fare un passo ammettendo la punibilità, ed accordando in caso di colpa una minorante. Quando però si cessò di cercare le regole di giure punitivo nei perplessi e contradittorii frammenti del diritto Romano, o nei precetti della teologia morale, ma s' interrogò la ragione giuridica, prevalse la regola opposta che i fatti colposi non fossero punibili tranne quando la legge espressamente li prevedeva. Una lata colpa potrà essere argomento al giudice per ritenere in fatto la intenzione maligna del denunciante; ma quando non ne venga convinto non potrà mai parlarsi di criminosità e di pena in questo reato. Alle considerazioni di giustizia che impongono siffatta regola si aggiungono considerazioni poli-

liche. Oggidì l' azione pubblica si esercita dal pubblico ufficiale nello interesse della società, e questo esige che il privato passivo di un delitto non si rattenga per timore di pene dal denunciare i suoi sospetti circa l' autore. Fra questa figura e quella dell' accusatore romano vi è troppa diversità. Ma che anche i romani a punire i calunniatori esigessero il dolo malo emerge dalla formula della *subscriptio*, e dalla stessa etimologia della parola derivata da *calvitur* che si usò ad esprimere un inganno malizioso: *Glossa in leg. calvitur* 233, *ff. de verborum signif.* — Ulpiano *in leg.* 65, *ff. de regul. juris;* e dallo *sciens prudensque* usato da Paolo *sententiarum lib.* 1, *tit.* 5, §. 1; e dalla *leg.* 3, *C. de abolitionibus;* e dalle *leg.* 15 *ff. de jure fisci; leg.* 20 *de aqua et aqua pluv.; leg.* 16, §. 3, *ff. de bonis libert; leg.* 43 *ff. de hered. petit.*

§. 2623.

La calunnia criminalmente perseguitabile è dunque oggi soltanto la *manifestissima*. Bisogna cioè che non solo l' accusato abbia chiarito la innocenza propria, ma di più che sia dimostrata nell' offeso che lo denunciò come autore del delitto la cognizione (1) di tale innocenza. Qualunque causa di giusta credulità sarà bastevole ad esonerare dal rimprovero di calunnia un offeso che erroneamente sebbene con troppa precipitazione, si persuase che l' autore del delitto da lui patito fosse chi realmente non lo era. Non può esservi vero e proprio delitto senza dolo: e poichè l' *errore* di *fatto* sostanziale esonera sempre dalla imputazione di reato doloso, non vi è ragione per cui questa regola generale debba tacere nel delitto di calunnia.

(1) Questa regola non è più disputabile fra noi. La Corte di Cassazione di Milano con decisione 1 agosto 1865 stabilì che gli estremi del reato di calunnia non erano esauriti dalla dichiarazione di fatto che il giudicabile aveva *con disegno di nuocere accusato altri di un delitto del quale era innocente.* Ad esaurire tali estremi occorreva di più che si dichiarasse *avere* il preteso calunniatore *conosciuto* la innocenza di colui che accusava. E difatti la intenzione di nuocere è un contenuto necessario di qualunque accusa; ed anche lo stesso P. M. ha bene intenzione di nuocere all'accusato; ma quando si ha la credenza della colpevolezza il nocumento è *legittimo*, e il procurare di inferirlo non è reato. Singolare è la dottrina di alcuni pratici i quali pretesero di insegnare sulla autorità della Glossa che la calunnia non fosse punibile quando era adoperata al fine di smascherare un calunniatore: Hippolito de Marsilis *practica criminalis* §. *opportune n.* 93. Io veramente non saprei a quali principii si potesse annodare siffatta teorica quando non si ammette (nè si può ammettere) che la giustizia dei fine legittimi la falsità e la frode. Nè parmi che la teorica della retorsione indubitatamente ammessa nella ingiuria e nella diffamazione, che sono offese al privato, si possa estendere alla calunnia, che è delitto contro la giustizia. Vedasi §. 2654.

§. 2624.

In ordine a questo reato ripetesi ciò che in generale procede in tutti i delitti che desumono la loro nozione dal *danno universale;* vale a dire che si consuma con lo esaurimento dell'*azione* che lede il diritto universale offendendo la giustizia, senza bisogno del conseguimento del *fine* che lederebbe il diritto particolare. Fu un errore ormai reietto da tutte le scuole che la calunnia fosse un *tentativo* se non era susseguita dalla condanna. La essenza giu-

ridica della calunnia nel suo materiale non sta nella *ottenuta condanna*, e così nel *danno privato*, ma *nell' atto offensivo alla giustizia*, che si consuma col falso asserto quando è completo nella sua forma. Il danno *particolare* basta che esista *potenzialmente*. Quando la giustizia è stata ingannata, il danno universale è effettivamente completo. Può esservi un tentativo di calunnia, ma la calunnia non è tentativo. Laonde essa rimane delitto *perfetto* sebbene il giudice abbia assoluto l'innocente accusato; o sebbene il calunniatore stesso siasi posteriormente ritrattato.

§. 2625.

Questa verità è una logica deduzione dei principii fondamentali. Filosoficamente ogni ente è perfetto quando raggiunge *il suo oggetto*. Giuridicamente l' oggetto del reato è *il diritto* aggredito: quando fu tentata la violazione del diritto che costituisce l' *oggetto* del malefizio saremo nei termini del conato; quando tale violazione fu esaurita il reato è sempre perfetto. Ma dove sono due i diritti aggrediti nella medesima azione l' oggetto del reato si concentra nel diritto poziore, e questo ne determina la classe ed il titolo; laonde tutte le volte che sia esaurita la violazione del diritto poziore, sebbene non lo sia l'altra del diritto inferiore che pure si attaccava, il delitto rimane pur sempre perfetto. Applicati alla calunnia questi precetti ormai noti si trova che il calunniatore aggredisce due diritti: il diritto *universale* che hanno tutti i cittadini perchè la giustizia pubblica non venga ingannata; e il diritto particolare della vittima designata, il quale even-

tualmente potrà essere il diritto di vita, di proprietà, o di libertà, secondo la pena che si voleva far cadere sopra di lei. Ora nel determinare la *qualità* del delitto il diritto universale è sempre prevalente sopra il particolare: dunque la calunnia pertiene ai reati sociali: dunque l'*oggetto* che determina la sua essenzialità è la pubblica giustizia: dunque quando l'azione consumò l'*inganno* della pubblica giustizia, restasse pure senza effetti nocevoli allo individuo minacciato, il delitto è sempre consumato e perfetto. Per costruire una opposta dottrina bisognerebbe mutar nome e natura a questo malefizio. Se, come piacque a qualche alemanno, si ponesse innanzi il titolo di *homicidium linguae*, di *furtum linguae*, o simili, questo novello concetto potrebbe rendere perplessa la nozione del relativo conato. Ma finchè la calunnia si chiama calunnia essa sarà sempre un delitto che si consumerà col calunniare.

§. 2626.

Dissi che può per altro aversi un tentativo di calunnia: e questo è bene naturale, appunto perchè la calunnia non è un tentativo. Se la calunnia fosse un tentativo diverrebbe repugnante il tentativo di tentativo. Ma perchè essa è un delitto perfetto, ed un delitto che non *perficitur unico actu*, può benissimo avere il suo tentativo. Questo avverrà tutte le volte che il calunniatore abbia dato opera agli atti esecutivi del suo crimine senza avere neppure un istante ottenuto l'inganno della giustizia, perchè il pubblico ufficiale a cui dal colpevole si presentava la falsa denunzia abbia subito scorto il mendacio, ed abbia negato accoglienza alla denunzia stessa.

§. 2627.

Non sembra per conseguenza che neppure questa volta incontri fortuna il concetto del delitto *formale* applicato alla calunnia. Si è detto che è delitto formale quello che si consuma mediante la sola *azione* del colpevole e non ha bisogno di un evento successivo. E accettisi pure tale nozione come una generalità. Ma lo equivoco spesso sta nel definire lo *evento non necessario* alla consumazione del reato. Questo non bisogna cercarlo nelle vedute speciali di tale o tale altro colpevole, ma nella natura del delitto; altrimenti non vi sarebbe malefizio che non potesse in certe condizioni di disegno divenire formale. Ora contemplando la natura dei delitti si trova che molti di quelli che furono detti formali hanno pur sempre bisogno di *un evento* per la loro consumazione. Così la calunnia perchè sia consumata non ha bisogno dello evento della condanna; ha però bisogno di *un evento*, e precisamente dello *inganno* almeno *momentaneo* della giustizia. Quando il pubblico ufficiale accettò la querela, vi porse orecchio, e le diede corso almeno per la istruzione di un processo, l'evento consumativo vi fu, perchè la giustizia restò almeno per un istante ingannata; ed ecco consumata la violazione del diritto universale che costituisce l'oggetto di questi reati. Ecco un delitto perfetto. Ma quando il calunniatore dopo aver dato opera agli atti esecutivi col presentare la falsa querela ed essersi in tal guisa posto nella via del tentativo, non incontrò che un rifiuto o l'immediato sequestro del foglio per parte dell'ufficiale che pose

lui stesso in accusa come denunziatore mendace; in simili termini io non ravviso che un semplice tentativo di calunnia. Diverso è questo caso dal caso del falso testimone non mai creduto, e che ciò non ostante è colpevole di reato perfetto, come vedremo a suo luogo. Il falso testimone col mentire viola una pubblica funzione che gli è conferita dall' autorità, e consuma quella violazione col solo mentire; e così consuma il suo delitto. Ma il querelante non può dirsi che ancora eserciti una funzione finchè l' autorità competente non ha consentito a lui la veste di querelante con lo accettare la sua querela e darle (che essa sola lo può) i caratteri di legittimità. Dunque il falso denunziatore non consuma la offesa alla pubblica giustizia finchè non ha ottenuto l' inganno del magistrato. Altro è dire che alla consumazione del reato non è necessario che lo *inganno* del giudice *perseveri* fino al termine del giudizio: altro è dire che a tal fine non è necessario che lo inganno abbia *esistito* neppure per un istante. Si distinguano questi due concetti, e tutto è chiarito: ed è forza concluderne che uno *evento*, un effetto ottenuto (inganno anche momentaneo) è pur bisognevole anche alla consumazione della calunnia. Quando la denuncia fu immediatamente respinta e rimase un foglio privato od un fatto tutto privato, si avrà la intenzione d' ingannare; si avrà il principio di esecuzione del pravo disegno; si avranno in una parola gli elementi del tentativo punibile, ma non il reato perfetto.

§. 2628.

Questa osservazione è feconda di importantissimi risultati nella odierna pratica criminale: appunto perchè oggi non si consente ad ogni privato che ne abbia talento di mettere in moto la giustizia penale. Innanzi all'atrio della giustizia sta vigile guardiano il pubblico ministero, e nessuno procedimento può prendere vita senza che egli, o ne' congrui casi le camere d' invio, vi abbiano interposto la necessaria autorità. Laonde è frequentissimo il caso di querele precipitate nella passione, le quali muoiono in culla, o per dir meglio muoiono prima di avere conseguito una vita giuridica; perchè il pubblico ministero si ricusa per buone ragioni a dar loro quel *vadasi oltre* che è appunto elemento necessario a dare ad un foglio privato una vita operatrice di effetti. In tutti tali casi se chi venne falsamente querelato o denunciato non si appaghi della giustizia a lui renduta da chi troncò la calunnia sul nascere, ma voglia ancora la punizione di chi promosse avverso lui quella inutile guerra; altrettante volte nascerà il dubbio se debba in questi termini parlarsi di calunnia consumata, oppure di calunnia solamente tentata.

§. 2629.

Ciò peraltro che non influisce sulla essenza e sulla *consumazione* del delitto, ha grande influsso sulla sua quantità, e diviene criterio misuratore del medesimo. Così la non ottenuta condanna, o la ritrattazione *utile* (1) del calunniatore, se non tolgono al

delitto la sua perfezione, ne diminuiscono peraltro la politica quantità. È del pari criterio misuratore costante della quantità di questo reato la gravità maggiore, o minore della pena alla quale l' innocente fu esposto.

(1) Ordinariamente si usano come sinonimi le parole *consumazione* e *perfezione*, delitto *consumato* e delitto *perfetto:* e realmente nei delitti *materiali* la *perfezione* e la *consumazione* si unificano nello stesso momento. Ma in quei delitti che diconsi formali intercede una differenza fra quei due termini. Il delitto è sempre *consumato* quando è esaurita la *azione soggettiva* con la violazione del diritto che costituisce la oggettività giuridica del malefizio: lesa la giustizia nella calunnia, la tranquillità nella violenza, la religione nell' oltraggio al culto, e simili. Ma i più esatti non lo dicono ancora *perfetto* finchè il fatto non ha raggiunto il *danno* voluto dallo agente: la condanna dell' innocente, la sottomissione dell' altrui volontà, la distruzione della immagine, o simili. Questa distinzione, che può accettarsi come esatta, ha la sua utilità unicamente nella ipotesi che il colpevole dopo esaurita l' azione (cioè dopo *consumato* il delitto) ma prima che sia avvenuto il *danno* (*perfezione* del delitto) siasi pentito ed abbia disfatto l' opera sua, e così impedito il danno finale, ossia la vera perfezione del delitto: per esempio dopo avere appiccato il fuoco alla casa abbia spontaneamente soffocato l' incendio. Questo pentimento non potrebbe trovare la sua utilità a sgravio del colpevole nelle regole generali del tentativo, perchè esso avviene a delitto ormai *consumato*. Ma siccome *effettivamente* quando il delitto non è anche perfetto le più gravi conseguenze sono tuttavia da venire, e tuttavia suscettibili di essere impedite, così vuole giustizia e politica che il pentimento sopraggiunto in questo intervallo, come è *utile* alla vittima del reato, così si renda *utile* anche al colpevole che si pente, e se ne faccia secondo i casi

una mitigante della *pena* od anche una dirimente della *pena*. Dico della pena perchè la *scriminazione* non è possibile dopochè il delitto fu *consumato*, perchè *factum infectum fieri nequit*. Il *delitto* resta; ma se ne modera la *pena* in vista della *riparazione* spontanea che ne fece il delinquente pentito: *riparazione* la quale porta a ravvisare bastevole alla difesa del diritto una *riparazione sociale* più mite, ed anche a consigliare di toglierla affatto. Vedasi la nota 2 al §. 2258 in fine.

§. 2630.

Le antiche scuole e le antiche leggi richiesero al delitto di calunnia certe condizioni materiali che facilmente si veggono tolte ad imprestito dalle leggi romane, come la scrittura per parte del calunniatore ed anche la sua firma. Nelle scuole e pratiche moderne non credo si possa mantenere questo rigore di estremi materiali dove non sia accolta la distinzione fra querela e denuncia, e dove la legge locale non abbia tassativamente richiesto la scrittura e la firma. Basta che con volontà di nuocere e conoscenza della falsità della accusa siasi posto in essere un atto univoco abile a far nascere una procedura criminale contraria al vero, e diretto al reo fine, qualunque sia la materialità di tale atto. Questo largo concetto ha avuto sanzione da un giudicato della Corte di Cassazione di Torino del 5 giugno 1867 (*Annali di giurisprudenza italiana 1, 2, 216*) dove si stabilì che incorresse nel titolo di calunnia chi maliziosamente aveva inviato ad una autorità una lettera falsa. Questo giudicato procede ai termini dell'art. 375 del codice Sardo: ma, come osserva il dottissimo annotatore di quella decisione, regola uguale dovrebbe

accogliersi anche in faccia all' art. 266 del codice Toscano; e ciò si conforta della autorità di Puccioni *commento vol. 4, all' art. 276.* Concordo pienamente in questa dottrina: ma mi permetto di osservare che la decisione di Torino non ferisce la questione che qui tratto, perchè contempla un caso di *calunnia reale.* Bensì può rettamente argomentarsi o da un testo di legge o da una giurisprudenza che abbiano equiparato nella pena la *calunnia reale* alla *calunnia vera e propria*, per concluderne che la formalità della *firma* non può essere richiesta a completare il materiale di questo secondo titolo. Infatti sarebbe assurdo che si esimesse dalla pena chi avesse maliziosamente omesso la firma in una denuncia, mentre soggiace alla pena ordinaria chi provocò la falsa accusa col fare pervenire in giustizia un oggetto qualunque abile a dirigere i sospetti contro un innocente, anche senza nessuna scrittura. Del resto osservo che quando si volesse rabinicamente insistere nell'esigere lo *scritto* come materiale della calunnia, non vi è ragione per chiedere che lo scritto sia vergato dalla mano del colpevole: *qui per alium facit per se ipsum facere videtur.* Tanto è che io abbia scritto la falsa denunzia, tanto è che io l' abbia fatta scrivere da un amico sciente (1) o non sciente; tanto è che io mi sia presentato ad un pubblico ufficiale e lo abbia indotto a distendere della falsa denunzia una relazione ai superiori od un processo verbale. Sarà sempre una *calunnia vera,* e non una semplice *calunnia reale,* di cui queste ipotesi non hanno menomamente i caratteri. In termini fu giudicato dalle Corti di Francia bastare al materiale della denuncia calunniosa che il denun-

ciatore illetterato abbia soltanto verbalmente denunciato l'asserto delitto al pubblico ufficiale che ne ha redatto verbale: Cassazione 24 decembre 1859; Corte di Nimes 23 settembre 1867; Morin *art. 861:* e di nuovo in precisi termini: Cassazione 30 gennajo 1868 affare *Jourdan;* e di nuovo 1 maggio 1868. Ed anzi vennero ritenute di nessun effetto ad escludere il reato del calunniatore le nullità ed irregolarità cadute nel verbale.

(1) È evidente che se il terzo scrittore della denuncia calunniosa fu sciente del delitto che si andava a commettere si rende complice dell' autore principale, che è sempre colui il quale eseguisce l' atto consumativo; cioè colui che nel tema presente esibisce all' autorità la falsa denunzia: Cassazione di Francia 1 maggio 1868.

§. 2631.

Una difficoltà può sorgere rapporto alle qualità richieste nella *persona* alla quale fu presentata la denunzia. In genere può dirsi che la medesima deve essere quella investita del potere di dare corso all' accusa. Ma poichè vi sono delle autorità le quali benchè non appartenenti all' ordine giudiciario, e perciò non rivestite della facoltà di iniziare processi ordinari per delitti comuni, hanno peraltro poteri eccezionali per procedere contro certe colpe dei loro subalterni; ove la denunzia presentata a costoro appelli ad un delitto comune del quale essi non possano prendere cognizione neppure per fini meramente amministrativi (1) potrà sostenersi la mancanza degli estremi della calunnia; ma non po-

trà dirsi altrettanto quando la denunzia cada sopra fatti dei quali quell' autorità abbia eccezionalmente balia di prendere cognizione: Corte di Cassazione di Francia 16 agosto 1867 affare *Rampillon* — Morin *art. 8538.*

(1) I compilatori della *Temi Italica*, che si pubblica in Napoli per cura (dopo la morte del compianto Sellitto) dell'esimio Avvocato Felice Torelli hanno (*n.* 8, *anno* 3) osservato che questa mia distinzione poteva essere pericolosa, ed è sembrato loro si fosse rejetta dal giudicato della Corte Suprema di Napoli del 3 agosto 1868 in causa contro *Spagnolo Turco*, e *Mancini*. Può darsi benissimo che la mia distinzione sia pericolosa: ed io non mi ostino a sostenerla; perchè davvero se vi è delitto pel quale io non sento palpito di misericordia e che vorrei vedere più spesso e più severamente punito, questo è la calunnia. Soltanto mi permetto di osservare che il Decreto della Corte Suprema niente ferisce la mia distinzione, giacchè nel caso in quello deciso la denunzia calunniosa erasi portata al Ministro di Giustizia e Grazia; laonde bene considerò la Corte che l' ufficiale adìto con la falsa denunzia apparteneva non all' ordine puramente amministrativo ma al giudiciario, essendo nel Guardasigilli il centro e capo di tutti i pubblici Ministeri, ed essendo nel poter suo (anzi nel dovere di suo ufficio) di spingere la denunzia al risultato di un processo criminale. In siffatti termini era audace e insostenibile l' assunto che si trattasse di semplice diffamazione e non di calunnia. Ma anche il pericolo appreso da quella mia distinzione io credo che sorga dal modo succinto e perplesso con cui la esposi nella prima edizione di questo libro, anzichè dal vero concetto al quale s' informava nella mia mente. Certo è che io allora credetti di dettare una regola la quale servisse a rendere più facili le condanne dei calunniatori, e così una regola di rigore: e mi trovo ora alla insaputa mia ad aver dettato

una regola mite proteggitrice dei calunniatori. Mi si conceda pertanto (non per impegnarmi in una polemica ma per giustificare le mie intenzioni) di tornarvi sopra, e meglio chiarire il concetto che male espressi. Il dubbio che mi aggrediva la mente era questo. La falsa denunzia fu presentata ad un ufficiale dell'ordine amministrativo che non ha giurisdizione nessuna nè mediata nè immediata sugli atti giudiciarii e sull'esercizio dell'azione penale: ora si dubiterà che quella denunzia rimanga nei termini della mera *diffamazione* e non esaurisca le condizioni della *calunnia:* che dire su questo dubbio? Io cercava qual fosse il criterio che distingue la *diffamazione* dalla *calunnia:* e mi pareva trovarlo in questo; è sempre calunnia quando la falsa denunzia può portare a conseguenze *penali;* ove ciò non possa, è semplice diffamazione. Il criterio discriminativo dei due reati parevami stasse in questo che la diffamazione aggredisce soltanto la riputazione e l'*onore* della vittima di falsa imputazione; la calunnia oltre questo pone la vittima a pericolo di un *danno ulteriore* conseguente ad una *penalità* che a lei s'infligga dalla autorità adìta per effetto della falsa imputazione diretta precisamente a questo fine. Prestabilito nella mia mente simile criterio io tornava sul dubbio propostomi, e dimandava a me stesso: quale dovrà essere la *penalità* consequenziale sovrastante alla vittima, che fa degenerare la diffamazione in calunnia? Dovrà essere una *penalità vera e propria* (carcere, multa, galera) o basterà che sia una *penalità puramente amministrativa,* come la perdita, sospensione o tramutazione d'impiego? Ridotto a questi termini il dubbio, mi parve accettabile la opinione più severa; ed in tale intendimento dettai quella distinzione. Non sarà necessario per far passaggio dal titolo di diffamazione a quello di calunnia che sovrasti alla vittima un *processo criminale* ordinario, ed una pena vera e propria: basterà che per le condizioni dell'ufficiale adìto possa contro la vittima della imputazione suscitarsi un *processo economico,* una sommaria *verificazione amministrativa,* che conduca ad infliggere una

pena amministrativa, e in certo modo pena *impropria*. Ecco la proposizione evidentemente severa che io intesi a stabilire, e mi si perdoni se male mi espressi. Io volli allargare i termini della calunnia e non già restringerli. Una denunzia di reati di sangue presentata ad un Delegato contro di me è calunnia, quantunque trattisi di reato prescritto, se porta all' effetto che mi sia negato il permesso di caccia (pena amministrativa): lo è una denuncia d' infedeltà presentata al capo di un' amministrazione contro il suo subalterno, se può portare all' effetto d' impedirne la promozione meritata. Non vi è bisogno, in una parola, che il *castigo* provocato contro la vittima della falsa imputazione abbia la sua radice nel codice penale; basta che l' abbia nelle leggi ed usi e poteri amministrativi. Questa mia opinione può dunque incontrare censura per troppa severità, ma non per favore verso i calunniatori. Certamente se ad un Direttore del Registro fu scritta lettera con cui s' imputava a me (fossi o no dipendente da quello in ufficio) di avere ferito qualcuno in una rissa, io non veggo in ciò che i termini della diffamazione; perchè la qualità di capo di un ufficio che incontrisi nella persona alla quale fu presentata la falsa imputazione non può portare alla conseguenza di sottopormi a castigo nessuno nè criminale nè amministrativo. Ma se a quel Direttore di Registro fu inoltrata denunzia che mi accusava di avere alterato il vero in una dichiarazione per dazi, io vi scorgeva la *calunnia*, perchè non si era aggredito soltanto il mio *onore* nei rapporti fra individuo ed individuo, ma si era di più con la denunzia di falso istrumentale o di frode provocato la irrogazione di una multa (pena amministrativa) o lo inizianiento di un processo contro di me per parte dell'ufficiale che ne aveva balìa. Sicchè la mia tesi consiste in due proposizioni — 1.° Si ha la *calunnia* quando la denunzia è inoltrata ad un ufficiale che in ragione dell' ufficio suo ha i poteri di prendere una determinazione a carico del calunniato: questa prima proposizione potrà essere censurata per troppo rigore, ma non per troppa mitezza — 2.° Si

ha semplice *diffamazione* quando la denunzia mendace non può produrre a carico del calunniato altro effetto che quello di un discredito morale nella opinione altrui e di una offesa alla riputazione. Questa seconda proposizione è mite perchè porta a sostituire la pena della diffamazione a quella più grave della calunnia: ma io la credo giusta ed inevitabile. Giusta, perchè la dovuta distribuzione delle penalità esige che si proporzionino al maggiore o minore detrimento che può derivare dal reato: ed è evidente che la sola perdita della stima di una o più persone, per quanto autorevoli, è danno minore della perdita della stima congiunta alla perdita di un impiego, od alla irrogazione di una multa, od alla privazione di un diritto, benchè tali danni s' infliggano da un ufficiale amministrativo anzichè giudiciario. È inevitabile, perchè l' ufficiale a cui si fa una denunzia che da lui non può ricevere seguito, nè autorizzarlo ad una determinazione repressiva del fatto denunciato, deve a tutti gli effetti giuridici considerarsi come fatta a persona privata. Altra speciosa questione circa la competenza si incontra in Morin *art.* 9268.

§. 2632.

L' argomento del grado esige uno speciale richiamo nella calunnia in ordine alla forza escusante dell' *ira;* a quella del *giusto dolore;* ed agli effetti del *pentimento.* Di ciascuna di tali forme dobbiamo dare un separato accenno. In quanto all' ira molti romanisti all' ombra del responso di Ulpiano *(leg. 14, §. 6, ff. de bon. lib. — ignoscendum enim est ei, si voluit se ulcisci provocatus)* che non ferisce il caso, e sull' appoggio di altri frammenti che ripetono non doversi punire la calunnia *inconsulto calore prolata,* vollero dettare la regola che la provocazione in questo malefizio non solo porgesse una *minorante,*

ma bensì valesse come *dirimente*. Errata peraltro è questa formula. Lo *inconsulto calore* (come bene osserva Puccioni *Saggio pag. 475)* non si valuta a tal fine come circostanza degradante la forza morale soggettiva di un reato commesso; ma come ragione di escludere la malizia ed il dolo dello accusatore in quanto la ira lo abbia così turbato nello intelletto da fargli apparire vero ciò che vero non era. La scusa sta nello *inconsulto*, e non nel *calore*, il quale si ricorda soltanto come causa dello *inconsulto*. In tal senso non si valuta lo sdegno come potenza che agisca sulla libertà del volere, e minori la forza morale soggettiva del malefizio; ma come un fatto qualunque che elimina un elemento essenziale del reato. Non siamo più dunque nella teorica del *grado*, e neppure nella teorica dei criterii *misuratori*, ma puramente nella teorica dei criterii *essenziali*. Se si contempla la forza escusante (1) dello sdegno nel presupposto della scienza della falsità dell'accusa, ben lungi dallo accordare alla provocazione effetti più benefici che in altri reati dovrebbesi forse tenerla in conto minore, attesa la natura proditoria e premeditata di questo delitto, quando specialmente il calunniatore avesse perseverato.

(1) Di alcune speciali scuse nel delitto di calunnia diede cenno Farinaccio *de falsitate, quaestio* 16 *per tot.* — Menochio *de arbitrariis cas.* 321.

§. 2633.

In ordine poi al *giusto dolore* in questo reato i dottori seguendo il vecchio andazzo di farsi tipo del

giure romano, dimorano per largo intorno ai casi nei quali può ammettersi come scusa; e più specialmente si allargano a contemplare il padre ed il marito che si facciano denunciatori dello adulterio della figlia o della moglie. È vero che i romani dettarono provvedimenti speciali per simili ipotesi: e potè anche con buona logica giuridica argomentarsi da quello ad altri analoghi casi. Ma io non credo che in faccia alla scienza moderna possa trattarsi la questione come una specialità. Stabilito che il dolo sia estremo essenziale nella calunnia, le regole generali non hanno bisogno di modificazioni; e sono bastanti a giudicare doverosamente in tutti i casi della colpevolezza o non colpevolezza di chi mise in moto la giustizia contro un delitto insussistente. Il giusto dolore male si dedurrà come *minorante* la imputazione del calunniatore; e per dedurlo come *dirimente* non vi è bisogno di speciali precetti. La regola generale basta a simile effetto. Sia egli il marito che denuncia l' adultero, sia il proprietario che denuncia il ladro; se nella esaltazione dell' affetto precipitò il suo giudizio, ma fu in buona fede, non ha bisogno di benignità: egli non è un calunniatore, perchè ben lungi dallo essere *sciente* della falsità della denunzia la credette tanto vera che se ne turbò e se ne commosse l' animo suo: laonde è vero circolo vizioso nella formula che si scusi la calunnia per il giusto dolore; perchè il giusto dolore supponendo per necessità psicologica la giusta credulità, questa fa cessare il criterio essenziale del malefizio. E dico poi che male si dedurrebbe il giusto dolore come *minorante*. Riflettasi che a tal fine bisogna supporre un proprietario passivo di un furto,

il quale scientemente accusi del furto un individuo che *egli sa* (altrimenti non è imputabile per calunnia) essere innocente. Costui ha il dolore del danno patito (si ammette) ma quando mosso da tale dolore miri a fare una speculazione accusando un galantuomo per avere da lui quella indennità che non spera dal vero ladro, perchè miserabile, o rimasto incognito, io non ammetto che in simili circostanze si possa trovare una *minorante*. Il giusto dolore è scusa legittima per rendere perdonabile un equivoco a cui ci abbia condotto la precipitazione dello affetto: è degradante ragionevolissima quando ci porta a reagire contro chi fu causa di quel nostro dolore, perchè oltre all' impeto sorge dà ciò una coscienza di meno peccare, e quasi di farsi giustizia. Siasi dunque larghissimi di commiserazione verso chi ferì od uccise chi lo aveva offeso; la scusa ammessa per il ferimento istantaneo estendasi (se così piace) anche alla vendetta esercitata col mezzo di una calunnia, quantunque questo reato dia campo più facile alla riflessione. Ma non è tollerabile che si scusi chi calunnia un innocente da lui conosciuto per tale, al fine di risarcire i danni che ha patito da altri. Se dunque il giusto dolore merita nella calunnia una considerazione speciale, questa non occorre per ampliare la scusa; ma bensì per restringerla. Si scuserà il furto commesso a danno di chi ci derubò, o adulterò con la nostra donna, o danneggiò cose nostre: ma se io rubo a Tizio non può farmi scusa il furto che io abbia patito da Cajo.

§. 2634.

Analoga questione presenta la ipotesi della così detta calunnia *per retorsionem* o *per exceptionem*. È il caso di chi essendo accusato di un delitto obietta al suo accusatore un altro delitto al fine di difendersi o procacciarsi una diminuente. I dottori argomentano dalla *leg. 14, §. 6, ff. de bon. libert.*; dalla *leg. 3, §. 14, ff. de senatusconsulto Silaniano*; dalla *leg. 13, §. 1 et 3 ff. de injuriis*, per sostenere la non imputabilità. Certamente quando a tale appiglio ricorra un accusato di delitto capitale la soluzione è piana: *ignoscendum ei qui qualiter qualiter sanguinem suum redimere voluit*. Ma dove ciò si faccia da un accusato di lieve delitto per sottrarsi alla mite pena che avrebbe meritato, esiterei a riconoscere in cotesto fine una dirimente, e tutto al più gli concederei una minorante. Non si assimilano il caso della ingiuria e quello della calunnia. Un accusato che stretto dal deposto di un testimone dica al suo giudice, non credete a costui perchè è un ladro, non gli credete perchè è mio nemico ed altra volta mi bastonò, potrà quantunque mendace essere immune da pena per la istantaneità dell'atto consumato nella pressura del momento e sotto l'impulso del proprio pericolo: ma quando deliberatamente ei presenti querela di furto contro un testimone per renderlo eccezionabile, o querela di adulterio contro il ferito per procurarsi una scusa mediante una falsità, io non credo che la maligna operazione così deliberata possa riguardarsi come atto lecito o tollerabile, qualunque sia la pena che sovrasta al calunniatore (1).

(1) Vedasi la nota al §. 2623 in fine.

§. 2635.

Finalmente passando a considerare gli effetti del *pentimento*, a prima giunta può sembrare che al *grado* neppure possa riferirsi la teorica della *ritrattazione*, avvegnachè questa sia un fatto *posteriore alla consumazione* del malefizio; il quale nato una volta nelle sue condizioni ordinarie e complete, non è più suscettibile di degradazione in ragione delle sue forze soggettive. Anche procedendo in tale concetto la ritrattazione *spontanea* ed *utile*, che l'accusatore mendace abbia fatto della calunnia, si dovrebbe valutare come diminuente la pena da lui incorsa ed ammetterne la forza attenuante; la quale ha la sua ragione di essere, o in quanto con impedire la condanna dello innocente prevenne gli *effetti più gravi* del malefizio, ed è ragione *giuridica;* o in quanto giova allettare i calunniatori alla desistenza con la pena minore, ed è ragione *politica*. Ma sappiamo ormai che nel reato di calunnia s'incontrano due oggettività: il diritto universale che determina la essenza del reato; ed il diritto particolare dello individuo falsamente accusato. La lesione del primo dà la perfezione al delitto quantunque la lesione del secondo non sia che tentata, ma nella misura della penalità non può non calcolarsi l'essere questa seconda lesione o *consumata* o *tentata*. Quando dunque si misura la pena del calunniatore si ha sempre un riguardo alla lesione del diritto particolare; e così la pena aumenta se l'innocente fu condannato, perchè allora è consumata anche la lesione del

diritto particolare; e decresce quando questa fu soltanto tentata: ma pur sempre il delitto si complette per tale tentativo. Ora se avvenne la tempestiva ritrattazione è palese che la tentata lesione del diritto particolare non raggiunse il suo fine per il pentimento dello agente: sicchè ricorrendo alla teorica del tentativo l'aggressione tentata contro il diritto particolare cessa di essere politicamente imputabile e non può più farsi entrare nella misura della pena contro il calunniatore. La pena di costui, ragionandosi dunque in tale ipotesi sui puri elementi della offesa consumata contro la pubblica giustizia, perde la sua ragione *complessa*, e deve essere minore. Questa dimostrazione mi sembra matematica. Essa porta a concludere che la diminuente della ritrattazione per chi non la guarda come derivante da mera benignità, nè come ispirata alle empiriche vedute della prevenzione, ma più veramente come una logica deduzione di principii giuridici, si può benissimo connettere con la dottrina del *grado* (1).

(1) La diminuente della *ritrattazione* si ammise dal codice Toscano art. 268, e dal codice Sardo art. 379; e ciò fu lodato da Ferrao (*theoria do direito penal vol.* 5, *pag.* 286) ove lamentò che simile provvedimento non si fosse riprodotto dal codice Portoghese. Ed è notevole la enorme differenza che passa fra il giure romano e l'odierno su questo argomento: perchè mentre oggi la desistenza dall'accusa si tiene come diminuente il reato, pei romani la sola *desistenza* costituiva per sè stessa il delitto di *tergiversazione* appositamente colpito dal senatoconsulto Turpiliano.

§. 2636.

Quanto alla teórica della *complicità* la calunnia soggiace alle regole generali (1): onde si giudicherà la responsabilità del partecipe secondo la misura della influenza del suo fatto. Solo è da avvertirsi la facile complessità dei titoli che può presentare il concorso di più persone in questo reato atteso la forma materiale della sua esecuzione. Può essere socio del calunniatore l'avvocato che scientemente si faccia a sostenere la falsa accusa. Alcuno per argomento dalla *leg. 1, C. de advocatis diversorum judiciorum*, volle obiettare al patrono il titolo di *prevaricazione:* è vero che simile fatto costituisce una mancanza nell'ufficio di patrono; ma il carattere essenziale della prevaricazione sta nel tradire il cliente e non nel servirlo troppo fedelmente anche a danno della giustizia e della innocenza. Il vero titolo applicabile sarebbe dunque quello di calunnia, ed il patrono non dovrebbe punirsi soltanto come complice, ma (a parer mio) come autore principale.

(1) I giureconsulti romani trovarono argomento di disputa se dovesse dirsi calunniatore anche colui che aveva dato il mandato a calunniare, o proposto l'accusa calunniosa col mezzo di altra persona. E la disputa si risolvette per l'affermativa da Marciano alla *leg.* 1, §. 13 *ff. ad senatusconsul. Turpil.* sull'appoggio di un responso di Papiniano che è quello riprodotto nella *leg.* 34, §. 1, *ff. de poenis.* Ma la ragione di dubitare di quei giureconsulti derivava dallo speciale linguaggio del senatoconsulto Turpiliano. In faccia alla scienza la disputa non è neppure proponibile.

§. 2637.

Possono ancora più complicarsi i titoli concorrenti. Tizio fece la falsa denunzia contro il suo nemico e si accordò con Cajo e con Sejo nel perverso disegno. Cajo collocò in casa del nemico materiali che servissero d' indizio alla condanna di quello. Sejo si fece indurre come testimone e falsamente depose a sostegno della delinquenza. Se si guarda la combinazione di questi tre fatti per cercare il titolo comune potrà obiettarsi il titolo di calunnia: ma se tale combinazione si studia per trovare la giusta misurà del reparto della pena fra quelli scellerati, il titolo può oscillare. Infatti è chiaro che Tizio è autore principale di calunnia, e complice della calunnia reale commessa da Cajo, e della falsa testimonianza commessa da Sejo. Invece Cajo è autore di calunnia reale, e complice nella falsa denunzia di Tizio. E Sejo alla sua volta è autore principale della falsa testimonianza da lui emessa, e non è che ausiliatore della falsa denunzia. Ora se poste a confronto le penalità minacciate dalle leggi governatrici del caso venga a trovarsi che la pena inflitta allo ausiliatore nella calunnia scenda al disotto di quella inflitta all' autore principale di calunnia reale o di falsa testimonianza; nascerà dubbio. Ma il dubbio si risolve con la regola della prevalenza praticamente guardata: laonde la complicità della calunnia si assorbirà per Cajo nel titolo di calunnia reale, e per Sejo nel titolo di falsa testimonianza; o respettivamente secondo i casi. Ed ecco anche una volta toccato con mano non essere che un parto di

fantasia la assurdità che si volle da molti trovare nella applicazione di diversi titoli di reato a diversi partecipanti nella stessa azione criminosa. Ciò non è assurdo; ma è invece una logica necessità del principio di giustizia che vuole si punisca ciascuno sulla misura delle opere proprie. Assurda è la dottrina contraria della individuità del titolo, perchè conduce all' iniquo reparto della imputazione (1).

(1) Diverso evidentemente è il caso che il *denunciante* veritiero sia poi divenuto *testimone falso* quando chiamato a deporre abbia mentito per favorire l' imputato. Questa diversa ipotesi si ridusse nettamente a teorica dalla Corte di Cassazione di Palermo nel suo giudicato del 3 agosto 1865 nei seguenti termini. È *denunziante* colui che informa la giustizia di un delitto commesso, senza indicarne l' autore. È *querelante* colui che inoltre indica alla giustizia l' autore del delitto. Ma il denunziante e il querelante possono assumere una veste ulteriore, quella cioè di testimoni, quando siano chiamati a deporre di cose da loro vedute e sapute. E quando in tal guisa essi divengano testimoni sono, a forma del codice di procedura penale Italiano, passibili delle pene della falsa testimonianza, tanto se abbiano deposto senza giuramento, quanto se per la istanza fattane dalla difesa abbiano deposto con giuramento. Malgrado la opinione di quella Corte io vidi peraltro ad una Corte di Assise trionfare la tesi contraria sostenuta da un mio Collega, che ottenne un verdetto negativo sul fondamento che gli *offesi* non sono *testimoni*. Ora correte dietro al sogno moderno della separazione del *diritto dal fatto!* Del resto non è così assoluto il criterio sopra accennato per distinguere il *denunziante* dal *querelante*. Vedasi §. 2644 e segg.

§. 2638.

Tre questioni speciali possono elevarsi in proposito di questo titolo di reato:

1.ª Se un offeso il quale vegga che per una combinazione fatale il pubblico Ministero sostiene l'accusa contro un individuo del quale esso offeso *conosce la innocenza,* si renda responsabile di calunnia qualora profittando di quell'errore si costituisca parte civile ad appoggiare l'accusa per fine di turpe speculazione. La ragione di dubitare sta per un lato in questo che, sebbene turpemente profitti della falsa accusa che altri fa in buona fede, pure egli non ha eccitato l'accusa, nè (come la questione suppone) l'ha avvalorata con mendaci dichiarazioni. La ragione di dubitare per l'altro lato sta in questo che costui agisce con fine di nuocere (1) e di profittare di una ingiustizia.

(1) Vuole essere ricordato che a costituire lo elemento *intenzionale* del reato di calunnia non è necessario che il calunniatore abbia il preciso fine di *eccitare un processo criminale* contro il calunniato, ma basta che egli abbia il *fine di nuocergli* in qualsivoglia maniera. Anche questa proposizione fu esplicitamente sanzionata dalla suprema Corte di Napoli il 5 agosto 1868: ed è una verità incontrastabile. Ora sia pure che nella ipotesi da me fatta la parte civile intervenga in un processo criminale da altri a buona fede iniziato senza impulso veruno per parte di lei. Malgrado ciò, posto che essa conosca la innocenza dell'accusato, agirà sempre a *fine di nuocere,* e nuocerà realmente allo innocente accusato, se non altro col peso morale del proprio intervento.

§. 2639.

2.ª L' altra questione sorge nella ipotesi di un' accusa presentata in buona fede, e posteriormente scoperta falsa dallo stesso denunciatore prima della sentenza. Sembra che in questo caso debba escludersi l' addebito di calunnia, perchè costui quando agì era in buona fede, e poscia non fece che tacere; onde può ricorrere la regola della *leg. 138, ff. de regulis juris — nunquam ex post facto crescit praeteriti delicti aestimatio.*

§. 2640.

3.ª È pure grave questione quella relativa *all' ordine del giudizio.* Cioè se la sentenza contro l' accusato che querelò di calunnia il suo accusatore, debba essere *precedente* al giudizio contro il calunniatore, come nel sistema toscano: o concomitante alla cognizione della calunnia, come nel sistema francese e sardo (art. 173). Tale divergenza ripetesi in proposito della falsa testimonianza. Certo è che non può mai essere *susseguente,* perchè nel giudizio contro il calunniatore ove questi si assolvesse si pregiudicherebbe al reo *indifeso* (1).

(1) La questione relativa al concorso dei due giudizii si esaminò anche dai pratici: Claro *practica* §. *fin. quaest.* 62, *n.* 9. Le ipotesi variamente proponibili sono tre. O che lo stesso giudice in una sola sentenza decida la sorte dell' accusato e del calunniatore: o che prima si esaurisca il giudizio contro l' accusato e poscia si giudichi del calunnia-

tore: o che si sospenda il giudizio contro l'accusato principale quando intervenga querela per calunnia, e si giudichi preventivamente su questa. Il primo sistema è il più ragionevole: sì perchè esso porge occasione ad un più largo svolgimento della ricerca sul fatto; sì perchè si evita il pericolo che nasca sentenza contro sentenza. Giudicare dell'accusato principale quando è sorta inquisizione contro il suo accusatore è assolutamente prepostero e pecca di petizione di principio: ma poichè non sempre è possibile questo sistema, nascendo spesso il sospetto della falsità dell'accusa dopo che lo innocente fu già giudicato è una necessità che quando il primo sistema non è attuabile, si passi al secondo. Mai però sarebbe accettabile il terzo, e le ragioni ne sono intuitive. Quello però che io non ho mai saputo capire si è come Puccioni (*saggio pag.* 377) insegni che il giudice è autorizzato a procedere *contemporaneamente* contro il calunniato e contro il calunniatore in caso di calunnia manifesta. Ma se la calunnia manifesta ha per sua condizione la assoluzione dell'accusato *ex capite innocentiae*, siffatta contemporaneità di giudizi mi pare repugnante. L'ordinare la contemporaneità dei due giudizi non può dipendere dalla innocenza dello accusato, la quale per essere dichiarata ha bisogno di un giudizio preventivo. Ciò dipende da ben diverse considerazioni; e precisamente da quella opposta, cioè di meglio giungere mediante i due giudizi riuniti a conoscere appunto se lo accusato era o no innocente. Del resto la Corte di Cassazione di Napoli col suo importantissimo giudicato del 5 agosto 1868 in causa contro *Spagnuolo Turco* ha posto in sodo una quarta via con la quale può essere sciolta la presente difficoltà: ed è quella di non fare il giudizio contro il calunniato *nè prima nè dopo*. Infatti quel decreto stabilisce che non è necessario esaurire e neppure invocare il processo contro il principale imputato per perseguitare il falso denunciatore e condannarlo come colpevole di calunnia. Questo precedente è superfluo e deve affatto risparmiarsi tutte le volte che la falsità della denunzia apparisca intuitiva o venga chiarita nei primordi

delle verificazioni. A qual pro infatti quello inutile rito? A qual pro sottoporre un onesto cittadino ad un processo effimero e ad un'accusa che già si conosce priva di base? Invano il calunniatore dirà che non può proferirsi condanna contro di lui perchè l'uomo da lui falsamente accusato non ha ancora ottenuto una sentenza assolutoria che ponga in sodo la sua innocenza. Il giudice potrà bene rispondergli, io sono convinto della innocenza di lui, e poichè sono ugualmente certo del tuo delitto, tanto mi basta per condannarti come calunniatore.

§. 2641.

I romani non conoscevano processo inquisitorio: perciò non potè cadere loro in mente di estendere il reato di calunnia alle false denunzie, come poscia dovette farsi sotto gli imperatori. Nei prischi tempi questo titolo si obiettava soltanto a coloro che avessero iniziato una pubblica accusa: e per conseguenza quelle forme che si vollero integrali nell'accusa solenne, cioè la *subscriptio* (1) e la *inscriptio*, furono condizioni indispensabili perchè si potesse obiettare questo malefizio. Ma perchè la *subscriptio* intimoriva molti e li allontanava dallo accusare, così lo imperatore Graziano *(leg. 4, C. Theod. ad legem Corneliam de falsis)* ordinò che potesse il giudice dispensare l'accusatore da questa forma, e che ciò non ostante se apparisse che l'accusatore avesse dolosamente promosso una falsa accusa rimanesse ugualmente passibile delle pene ordinarie minacciate ai calunniatori.

(1) La *inscriptio* e la *subscriptio* furono due forme differenti. La *inscriptio* consisteva nella indicazione chiara e

completa del nome dell' accusato, del titolo di reato che si voleva obiettare, dei fatti o delle circostanze che s' intendeva provare. Questa indicazione bastò da prima si facesse in modo sommario; ma nel processo dei tempi si ebbe sempre più a cuore la sua completezza, in obbedienza al principio di giustizia che al reo debba farsi preventivamente conoscere tutto quello che si propone contro di lui. La *subscriptio* era la formula con la quale doveva conchiudersi il libello di accusa, e doveva esprimere la obbligazione che l' accusatore assumeva di esporsi *ad similitudinem poenae*, quando apparisse che egli aveva per dolo inoltrato una falsa accusa. Gli eruditi (vedasi De Bye nella sua dissertazione *de delicto calumniae, Leyden* 1790) ricordano la formula della *subscriptio* nei seguenti termini — *In programmate criminali* (cioè nell' albo dove si registravano tutte le accuse) *ad similitudinem supplicii si dolo malo detulisse appareat, ab accusatore praesente contractam obligationem.* La primitiva necessità di questa volontaria subiezione alla pena fece dire a taluno che i calunniatori non si punivano *vi legis sed vi susceptae obligationis*; ma questa forma non si chiedeva per desumere dalla medesima il diritto di punire i calunniatori: essa era imposta come cautela, e quasi come un monito agli accusatori *ut per subscriptionis horrorem terreantur*, ad impedire le accuse precipitate per impeto d' ira o per avversione contro gli onesti cittadini. Da questa forma può dirsi che come da un embrione scaturisca il moderno costume di fare il monito della pena ai testimoni prima che essi depongano: costume che si voleva religiosamente osservato sotto le procedure toscane: e che con poca prudenza si viene fra noi dispogliando di ogni guarentigia nelle procedure attuali che ad ogni piè sospinto minorano sempre le protezioni che il rito dovrebbe porgere alla innocenza. A questa forma aderirono tenacemente i romani; e Onorio e Teodosio *(leg. ult. C. de accusat.)* che ne rinnovarono il precetto tassativo, dichiararono doversi adempiere anche nelle accuse portate contro i servi. Non si faceva ec-

cezione che nel caso del marito denunciatore dell' adulterio della moglie, nel caso della donna che si querelava d' ingiuria; e forse secondo alcuni interpetri nel caso dell' erede cui correva l' obbligo di perseguitare gli uccisori del suo autore. Non è poi vero (checchè dicasi da Wesembecio *in comment. ad Dig. tit. de accusatoribus n.* 12) che la forma della *subscriptio* andasse in dissuetudine sotto gli imperatori. Questo si argomentò dalla costituzione di Graziano, che ho sopra ricordato, senza avvertire che Teodosio avevala revocata.

§. 2642.

Presto si comprende da ciò come col mutare di tempi e costumi la calunnia abbia mutato fisonomia. Il calunniatore romano era una figura eretta ed audace che a fronte scoperta scendeva armato d' impudente mendacio a combattere nel foro contro il nemico, dando cauzione di sè, esponendosi a gravi pericoli. Ma poichè il sistema della pubblica accusa andò in dissuetudine, e la persecuzione dei reati fu diritto esclusivo di alcuni pubblici ufficiali, al calunniatore sottentrò la figura del delatore. All' aperto combattere subentrarono i dardi lanciati nell' ombra; alla temerità la perfidia; e nascosto sotto le ali del pubblico ufficiale che faceva propria l' accusa, il delatore nei minorati pericoli trovò impulso a più largamente offendere la innocenza (1). È un fatto che quella prisca figura non può più oggi rinnovellarsi: e se piace trovarle un successore nell' offeso che si costituisca parte civile, questi non ne riproduce i caratteri che a pallide linee, e rimane pur sempre un attore secondario nel dramma del giudizio penale; perchè se l' azione pubblica si ec-

cita e si rinfranca per opera sua, certo è che egli non può mai interamente padroneggiarla.

(1) L' odio contro i calunniatori quando nell' impero di Oriente si trasformarono in delatori, si fa manifesto per severa sanzione della *leg.* 3, *C. de abolitionibus* — *fallaciter incusantibus accusationis abolitio non dabitur.*

§. 2643.

Ora questo confronto conduce a due distinte osservazioni. In primo luogo è da considerare se il calunniatore moderno adegui sotto il punto di vista politico la odiosità dell' antico; e se meriti uguale rigore. Qui forse chi guarda le cose sotto il punto di vista morale potrà trovare più vituperevole e scellerato questo delitto nella forma moderna che non lo fu nella antica. Ma sotto il punto di vista politico egli è certo che il falso accusatore moderno ha le braccia legate per il necessario intervento del pubblico ministero e delle camere d' invio, le quali dovendo dare il passaporto alla falsa accusa, che senza ciò non produce effetti giuridici, offrono una guarentigia preventiva all' innocente perseguitato, la quale spessissimo giova a sventare sul nascere la trama delittuosa. Laonde per il minore pericolo il reato di calunnia non assume oggidì quella importanza politica che ebbe sotto il sistema delle pubbliche accuse, se non quando il calunniatore abbia già superato quelle guarentigie e sia riuscito nel suo preliminare intento di illudere il pubblico ministero e le camere d' invio; inducendo quello ad esercitare l' azione, e queste ad aprirle libero corso.

§. 2641.

In secondo luogo è da ricercarsi se convenga oggidì riconoscere in questo reato due forme distinte, e contemplare con occhio diverso la falsa *denuncia* e la falsa *querela*. Nelle scuole moderne non trovasi generalmente fatta distinzione fra quei due casi nella nozione del reato. E il pronunciato delle scuole si è riprodotto in tutta la sua semplicità dall' art. 266 del codice penale Toscano. Questo (prescindendo adesso dal contemplare la *calunnia reale* a cui mi piace dare teoricamente un titolo separato) dichiara calunniatore — ivi — *Chiunque dolosamente dà in giudizio ad alcuno la falsa incolpazione di un fatto punibile.* Per questa larga nozione è manifesto che il titolo di calunnia sorge così contro colui che abbia dato formale querela per un delitto commesso a suo danno; come contro colui che sotto il colore di zelo per il pubblico bene abbia dato formale denuncia di un delitto che niente l' offese: e sorge così contro colui che dicendosi offeso si limitò semplicemente a presentare una querela; come contro colui che spingendo più oltre l' animosità, si costituì parte civile nel giudizio criminale, si munì di patroni, e sostenne fino all' ultimo la scellerata battaglia. Potranno i giudici entro i limiti della pena relativamente determinata distinguere forse caso da caso secondo la varietà del loro consiglio; ma la legge niente prescrive e niente distingue (1).

(1) Ottima mi è sembrata la distinzione che ai termini dell' art. 375 del codice Sardo si è fatta dalla Suprema Corte

di Cassazione in Napoli nel Decreto del 5 agosto 1868 in causa contro *Spagnuolo Turco;* già ricordata sopra in nota al §. 2640. Chiamata a definire i *requisiti esteriori* della falsa denunzia necessari a punirla come *calunnia* anzichè come semplice *diffamazione,* quella Corte dovette cercare se a questo più grave effetto la denunzia potesse avere il carattere di formale querela iniziatrice di un processo criminale; o se bastasse a ciò una semplice *informativa* presentata al pubblico Ufficiale. E sciolse il dubbio con una distinzione che a me pare savissima. O il fatto denunciato non è perseguitabile che a *querela di parte:* ed in tal caso siccome l' Ufficiale al quale fu presentata la informativa non può iniziare ad arbitrio proprio un processo, non vi è calunnia senza regolare querela della parte offesa: o il fatto imputato è perseguitabile a *pubblica azione,* ed allora siccome l' Ufficiale a cui fu presentata la mendace informativa può (ed anzi deve trattandosi di un delitto) iniziare un processo contro il calunniato senza bisogno di formale querela della parte, la *querela* non è elemento materiale necessario al titolo di calunnia, il quale nel concorso degli altri estremi sorge anche senza la formale doglianza.

§. 2645.

È però degno di osservazione che altri legislatori (seguendo forse diverse scuole) hanno pensato diversamente. Fra i vari codici che potrei contemplare sceglierò il Portoghese del 1852, il quale nettamente distingue la falsa *denuncia* dalla falsa *querela.* Esso all' art. 245 prevede il fatto di chi inoltri alle autorità *denuncia* o *partecipazione* per iscritto di un reato contro determinata persona, ed infligge la prigione da un mese ad un anno e la sospensione dai diritti politici per cinque anni. Ma l' art. 244 prevede il fatto di chi maliziosamente inoltra *que-*

rela contro *determinata* persona, ed infligge il *degredo temporario*, pena assai più grave dell' altra; la quale abbassa alla prigione da sei mesi a due anni quando il delitto obiettato incontrerebbe soltanto pena correzionale. Questa distinzione di casi presenta (non vi ha dubbio) una differenza nozionale: ma a siffatta differenza risponde egli veramente una diversità di condizioni politiche che richiamino a diverso titolo ed a diversa pena?

§. 2646.

Esamino i due illustri commentatori di questo codice, desideroso di luce. Jordao descrive con la sua usata diligenza ed esattezza gli estremi voluti dall' art. 245: avverte di passaggio che la denuncia calunniosa è ben differente dalla calunnia propriamente detta; ma tace sulle ragioni di differenziare la denuncia dalla querela. Ferrao osserva che la differenza tra falsa *denunzia* e falsa *querela* non si è fatta nè dal codice Sardo, nè dal codice Napoletano, nè dallo Spagnolo, e sembra in sostanza la disapprovi come inutile e conducente ad una ingiusta sproporzione nelle penalità. Io divido questa opinione che trovo sostenuta anche da Pacecho, *el codigo penal comentado vol. 2, pag. 348*. Se da un lato il querelante apparisce più odioso perchè ha la veduta di lucrare sulla indennità, dall' altro lato il denunciatore ha minori scuse per la ultroneità del suo fatto e mostra maggiore malignità. La offesa alla giustizia è identica in ambo i casi; uguale il pericolo della innocenza: per lo che questo criterio è per lo meno tanto problema-

tico da non meritare di essere assunto come norma nè della scuola nè dell' aula legislativa.

§. 2647.

Sappiamo quanto interessasse ai romani a causa dei loro ordinamenti giudiciarii di aver copia di chi accusasse i delinquenti: e la ragione di ciò la espresse Cicerone *(Pro Sexto Roscio Amerino cap. 20) quare facile omnes patimur, esse quam plurimos accusatores, quod innocens, si accusatus sit, absolvi potest: nocens nisi accusatus fuerit condemnari non potest.* Ma se tale necessità spinse quei legislatori a facilitare e porre in onoranza lo esercizio della pubblica accusa, la moltitudine dei calunniatori, incitati o da ambizione o da spirito di vendetta o da basse speculazioni, presto fece accorti del bisogno di provvedere a tanto pericolo: di qui le cauzioni richieste; di qui la severità delle pene contro i calunniatori. È celebre la legge *Remmia* dettata nei prischi tempi della repubblica (1) in odio ai calunniatori, che li puniva con lo imprimere a fuoco la lettera K sulla loro fronte: ma per la dissuetudine di una punizione così barbara ed impolitica, la pena divenne arbitraria, e si applicò l'esilio e la relegazione *(leg. 16, ff. de poen.)* e finalmente si accettò (probabilmente sotto Trajano) come regola costante il taglione; alla qual pena principale altre se ne aggiunsero di accessorie; come la perdita del diritto di accusare, *leg. 7 ff. de publicis judiciis, leg. 4 ff. de accusatoribus;* non però quello di fare da testimoni, *leg. 13 ff. de testibus;* oltre il debito delle indennità, fra le quali noveravasi il

prezzo dei servi torturati nel processo: Paolo *sent. lib. 5, tit. 16, §. 3 – leg. 1, C. de quaest. – leg. 17, §. 2, ff. de quaest. — leg. 53, ff. de judiciis.* E questa misura del taglione nella pena della calunnia i più culti giuristi rettamente sostengono che perdurasse anche ai tempi di Giustiniano, argomentando dalla *leg. 2, C. de fide instrument. — leg. 7, C. ad leg. Jul. de vi — leg. ult. C. de accusat.*; quantunque sia incontrastabile che gli imperatori talvolta esasperarono la punizione con feroci supplizii (2).

(1) La storia della legge *Remmia* tentò trarre dalle tenebre Brencmann *de legis Remmiae exitu*, nel tesoro dell'Ottone *tom. 3, pag.* 1574. Questa legge non deve confondersi con la legge *Memmia* diretta ad impedire si accusassero i cittadini assenti per servigio della Repubblica; nè col senatoconsulto *Memmiano*, del quale Bachio *Historia jurisprudentiae romanae lib. 3, cap. 1, §. 32.* Che fosse costume dei romani punire certi delitti con la inustione di una lettera in varie parti del corpo lo mostra Neri *analectorum lib. 1, cap. 37* nel tesoro dell' Ottone *tom. 2, pag. 376, 379*: vedasi *leg. 2, C. Theod. de poenis; leg. 17, C. de poenis* — Mascovio *de stygmate faciei humanae non inurendo* — Henhari *dissert de stygmate.* E fu un primo progresso di umanità e di civile prudenza quello d'interdire la impressione del bollo nella faccia dei malfattori, e prescriverlo in altre parti del corpo.

(2) Brencmann *de fatis calumniatorum* nel tesoro dell' Ottone *tom. 3, pag.* 1684; così ora si videro dannati alla croce, ora al fuoco, ora ai flagelli, ora alle bestie, ora allo annegamento, ora alla avulsione della lingua; le quali pene avvertono gli storici essere irrogate dagli imperatori per conciliarsi la grazia del popolo, costante in ogni tempo nel suo aborrimento contro i delatori. Queste tradizioni delle

barbarità orientali si mantennero anche in Italia per lungo tempo. In Bologna nel secolo decimoquarto ai calunniatori si tagliava la lingua: Toselli *Cenni sul foro Bolognese, Appendice pag.* 229. Ma poichè sempre dominò la idea di proporzionare la pena del calunniatore a quella che egli aveva provocata sull' accusato, invalse la regola che la penalità di questo reato fosse arbitraria: Covarruvio *variar. resol. lib.* 2, *cap.* 9, *n.* 1 — Claro *sentent. lib.* 5, §. *fin. quaest.* 62, *n.* 4; *et quaest.* 81, *n.* 3 — Brunemanno *in leg. fin. C. de calumn.* — Christineo *quaest. practicae vol.* 4, *decis.* 205, *n.* 25.

§. 2648.

Il codice Leopoldino del 1786 puniva il calunniatore con la frusta pubblica sull' asino, e nei casi più gravi con lo esilio e con la galera; ma la pratica toscana (la quale, come notai nel mio opuscolo (1) intitolato *Puccioni ed il giure penale*, coraggiosamente in omaggio alla civiltà cancellò la pena della frusta senza che nessuna legge l' avesse abolita) vi sostituì il confino. Il codice Toscano agli art. 267, 268, 269, ha preso come criterio della penalità di questo delitto il taglione (2) ma senza cadere nelle esorbitanze alle quali conduceva la gretta aderenza a siffatta misura. Esso gradua la pena sulla proporzione di quella minacciata al delitto falsamente denunciato; l' accresce quando la falsa accusa abbia portato condanna; e più se tale condanna sia stata eseguita; e con savio consiglio la riduce al carcere quando il calunniatore con tempestiva e spontanea ritrattazione abbia egli stesso impedito gli effetti nocevoli della calunnia.

(1) *Opuscoli Vol.* 1, *op.* 1, *pag.* 45.

(2) Se vi è reato nel quale il concetto del taglione abbia avuto e conservato un ossequio quasi universale come criterio misuratore della pena, ciò può dirsi della calunnia. Questa norma fu accolta appo gli Isdraeliti: *Deuter.* 19, *v.* 18 *et seqq.*, e dagli Egiziani, Thonissen *Etudes sur l' organisation judiciaire de l' Egypte: Revue historique, vol.* 14, *pag.* 210. Sulle fasi dal taglione inflitto ai calunniatori si dilunga Strykin *de talione: in ejus dissert. vol.* 9, *disput.* 4, §: 5 *et seqq.* E bisogna convenire che sebbene non confessato il concetto del taglione è in sostanza quello a cui s' inspirano tutti i codici contemporanei nel punire i calunniatori. Il danno immediato *particolare* di questo reato estrinsecandosi in un male che già è adottato dalla legge come pena, non vi è pericolo che la idea del taglione conduca a pene barbare, disumane, ed inaccettabili.

Titolo III.

Calunnia reale.

§. 2649.

Finquì della calunnia *diretta* o *verbale*. Avvi una forma di calunnia che dicesi *indiretta* o *reale*. Questa si ravvisa in colui che al fine di procurare una ingiusta condanna finga contro di alcuno le tracce di un delitto o commesso da altri o non mai commesso.

§. 2650.

Le scuole generalmente distinguono la *calunnia* e la *calunnia reale* come due diversi titoli di maleflzio. Veramente la forma soggettiva ne è assai

differente; e quantunque si possano unificare nella respettiva oggettività giuridica, perchè entrambo tendono al fine d'ingannare la giustizia a pregiudizio di un innocente o per vendetta o per veduta di lucro (1) ed entrambo possano andare o non andare congiunte con la simulazione di delitto, come fra poco dirò, non è inopportuno che la esposizione teorica designi e descriva separatamente questi due titoli.

(1) Il caso della calunnia reale per *veduta di lucro* io vidi ripetersi in pratica nel periodo che corse dal 1849 al 1854. Dopo l'annessione della provincia lucchese alla Toscana fu proibito in quella provincia l'uso e la vendita del sale marino, a protezione della industria governativa delle saline di Volterra. La nostra popolazione male adattavasi all'uso del nuovo sale, sì perchè più costoso e meno efficace, sì perchè era invalso il pregiudizio della sua insalubrità e la opinione che la terribile miliare (fino a quel giorno sconosciuta nel territorio lucchese) avesse origine da quel sale. Di qui un contrabbando immenso: e di qui raccomandazioni caldissime alle guardie di finanza per parte del governo, che ne raddoppiavano lo zelo già riscaldato abbastanza dalle grosse partecipazioni alle grosse multe. Ma i contrabbandieri che vendono alla spicciolata male si raggiungono nel nostro montuoso paese. Alcuni individui indegni di appartenere al corpo delle guardie finanziarie idearono la brutta speculazione di collocare sacchetti di sale marino nelle case e capanne dei più ricchi possidenti della campagna. Così pullularono le sorprese, i processi verbali, ed i giudizi di *contrabbando*, che ogni settimana se ne vedeva uno e si moltiplicavano in modo pauroso. Sulle prime i tribunali non volevano udire il grido delle difese che protestavano *ce lo hanno messo:* e si ebbero alcune vittime. Ma poscia i giudici aprirono gli occhi, e accolsero la massima che dove era possibilità d'introduzione maliziosa la

reperizione non bastasse a costruire la prova della trasgressione. Io solo ebbi a difendere più che trenta di tali accusati. Finalmente riuscì di ottenere la prova della frode, e qualche guardia essendo stata condannata per *calunnia reale*, cessò quel male che aveva propriamente sparso la costernazione nei più ricchi abitanti delle nostre campagne. In questi fatti vi era evidente la combinazione di tre forme di reato: vi era la *simulazione di delitto* perchè si faceva apparire un contrabbando che non esisteva: vi era la *calunnia reale* per il deposito dell'oggetto: vi era la *calunnia verbale* per la denunzia che si faceva del falso delitto e del falso delinquente.

§. 2651.

Ma legislativamente può preterirsi da tale separazione e fare dei due reati due figure dello stesso titolo. Così ha praticato il codice Toscano che all'art. 266 unifica sotto il titolo comune di *calunnia* tanto l'operato di *chi dolosamente dà in giudizio ad alcuno la falsa incolpazione di un fatto punibile;* quanto l'operato *di chi ne finge le traccie contro di alcuno perchè ne sia giuridicamente imputato;* ed entrambo i casi indistintamente colpisce con la medesima pena. Ciò dipende dalla questione di relativa misura: chi ravvisa una differenza di gravità politica fra i due casi utilmente obbedisce alla difformità soggettiva, e ne fa due titoli separati: chi al contrario bilanciando le opposte ragioni trova conveniente unificarli nella pena, disprezza quella difformità e li confonde in un solo titolo di reato (1).

(1) La calunnia reale viene descritta da Puccioni nel suo *saggio pag.* 376. Ma lo esimio criminalista vuole distin-

guere la *calunnia reale* dalla *calunnia scritta*, ravvisando questa ultima nel fatto di chi fabbrichi uno scritto inducente confessione di un reato ed imiti il carattere di un terzo, affinchè quello scritto pervenuto in giustizia serva di prova a condannare quel terzo per un delitto da lui non commesso. Io mi permetto di dissentire dal dotto maestro. In tale configurazione io non vi trovo che la calunnia *reale*. Tanto è che la *cosa* artificiosamente collocata appo me per farmi apparire colpevole sia lo stile, un oggetto furtivo, od un foglio di carta: tanto è che l'oggetto destinato a personificarsi in un testimonio di accusa valga a sostenere il materiale, quanto che valga a sostenere lo speciale o il formale di un delitto che vuolmisi apporre. Il criterio che distingue la vera e propria calunnia dalla calunnia reale non è cotesto. È l'audacia del presentarsi alla giustizia a sostenere, o con la voce o con la scritta denuncia, una falsa accusa. Mancando ciò non è più a parlarsi di calunnia nè verbale nè scritta. Se poi debba guardarsi la calunnia reale come politicamente più grave per la maggiore *astuzia* e *perfidia* e per i minori pericoli del delinquente, è una questione tutta diversa dalla questione nozionale.

§. 2652.

Ora in questa preambula ricerca non sono daccordo i pubblicisti. Alcuni calcolano la maggiore *audacia* manifestata da colui che a fronte scoperta si presenta al giudice per accusare un innocente; e vogliono politicamente più grave la calunnia *verbale*, che non la *reale*. Altri calcolano la maggiore *perfidia* e la più probabile *speranza d' impunità* che ricorre nella calunnia reale; e vogliono farne un delitto più grave: ed a questo pensiero parve aderisse ancora il Puccioni. Ma la scuola toscana che principalmente i criterii della quantità dei reati

desume dal danno, trova un equilibrio fra l'*audacia* che sta da una parte e la *perfidia* che sta dall'altra parte; e ravvisando in ambo i casi un identico danno, perchè identica la offesa della giustizia ed identico il pericolo della innocenza, non incontra difficoltà nella parificazione. Ed io volontieri aderirei a questa veduta: se non che prevedendo la facilità della riunione di entrambo le forme in una sola azione vorrei che di tale combinazione si facesse una circostanza aggravante, come fra poco dirò: ed a tal fine preferirei se ne facesse due titoli per potervi applicare la regola della pluralità dei delitti.

§. 2653.

La essenza di questo reato nel suo *elemento intenzionale* risiede nell'animo di procacciare l'altrui condanna. Se l'omicida getta nell'altrui cantina lo stile insanguinato per allontanare da sè la prova del proprio delitto, non si rende debitore di calunnia reale.

§. 2654.

L'estremo di questo reato nel suo elemento *materiale* consiste in un fatto qualunque col quale si fingano le traccie di un delitto; e nella potenzialità probatoria di tale finzione. Anche questo delitto è perfetto con la consumazione dell'azione, senza bisogno della procurata condanna. Il suo carattere costitutivo è l'inganno della giustizia; onde il medesimo esiste nelle sue condizioni giuridiche quando anche si fosse costruita la falsa prova contro il vero (1) colpevole.

(1) Questo reato si può commettere anche fingendo le tracce di un reato effettivamente commesso, e commesso in verità da colui a danno del quale si agisce. Sono stato ferito da Cajo ma non avendo testimoni per sostenere la mia doglianza trovo modo di gettare del sangue sulle vesti di quello. Questo indizio ha determinato la condanna di Cajo: il delitto e la reità di lui erano sussistenti; ma l' indizio era falso. Calunnia reale vi è così nel materiale come nello elemento intenzionale; ma l' ultimo fine era la verità. È una forma nella *di falso commesso per provare un fatto vero.* Forma di reato che a suo luogo vedremo doversi punire mitemente; ma che è pur sempre punibile, perchè con la giustizia non si deve scherzare, nè procedere per via d' inganno. Ma in ultima analisi vi è la *ragion fattasi* mediante inganno.

§. 2655.

Nelle pratiche contingenze può essere importante determinare il momento consumativo della calunnia *reale.* Mostrai di sopra che nella calunnia *verbale* il reato usciva dai confini degli atti preparatorii per far passaggio nel tentativo, quando il colpevole aveva eseguito la presentazione o lo invio alla autorità della falsa denunzia. Mostrai che passava allo stato di delitto perfetto quando l' autorità aveva in qualsisia modo fatto un atto di accettazione della falsa denunzia, perchè a questo momento era avvenuto l' inganno della giustizia; e così il reato aveva raggiunto il suo obiettivo giuridico. Corre dessa completa l' analogia che porti alle stesse regole nella calunnia *reale?* Il nemico si è procacciato generi di contrabbando per depositarli in luogo di mia proprietà ed espormi alla ingiusta pena: finqui siamo negli atti preparatorii; ciò è manifesto. Colui

ha realmente collocato quelli oggetti in una mia cantina: questo è atto di esecuzione, e vi si scorgerà senza esitanza il tentativo punibile. Ma saremo noi al semplice tentativo o dovrà dirsi che il reato di calunnia reale è perfetto? Il dubbio nasce dallo osservare che il malvagio avrebbe fatto *tutto* per parte sua quanto occorreva alla esecuzione del malefizio (lo che secondo la formula di alcuni, non accettata da noi, costituirebbe il delitto mancato) o dal considerare che il mio diritto di proprietà è già stato violato con quella intrusione, e la mia sicurezza già posta a pericolo: lo che condurrebbe a ravvisarvi il delitto perfetto. Malgrado ciò io non saprei trovarvi che un conato. Già si comprende che la questione bisogna porla nella ipotesi di un disegno che non abbia in sè il proposito della denunzia. Se il malvagio dopo depositati gli oggetti intendeva avvertire gli agenti della pubblica forza affinchè li perquisissero, sorge la figura della calunnia *verbale* non ancora consumata finchè la denunzia non ebbe luogo. Per la nostra questione bisogna adunque supporre che il nemico non disegnasse di fare susseguire al deposito la delazione: esso per ciò che doveva accadere poi se ne rimetteva al caso; aveva collocato gli oggetti di contrabbando nella mia carrozza persuaso che allo ingresso nel territorio le guardie li avrebbero reperiti senza bisogno di spionaggio: è soltanto in tali termini che si può dire essersi dal nemico fatto tutto. Ma anche in questa ipotesi io trovo, come ho detto, un mero conato. Non un delitto perfetto, perchè l' oggettivo di ogni calunnia (così *verbale* come *reale)* non è la proprietà privata o altro diritto dello individuo; ma la pub-

blica giustizia: laonde finchè gli agenti di questa non hanno perquisito, ritrovato, e creduto almeno un istante alle deduzioni giuridiche di quella presenza, è impossibile dire che il fatto raggiunse l'obiettivo della pubblica giustizia. Neppure concorderei che vi si riconoscesse un delitto mancato: perchè se la consumazione del malefizio avviene solo quando la giustizia è ingannata, i momenti consumativi del malefizio non si esauriscono finchè il fatto non viene a contatto con gli agenti della giustizia che si vogliono ingannare: è il veleno gettato nella minestra preparata per Tizio ma non ancora giunto a contatto del corpo di Tizio. Dunque se rimangono dei momenti consumativi non ancora eseguiti e che necessariamente dovevano eseguirsi (non importa da chi) perchè si perfezionasse il reato, non si hanno ancora gli elementi del delitto mancato. Il delitto mancato veramente si avrebbe quando a perquisizione e reperizione fatta, gli agenti pubblici si fossero immediatamente avveduti della frode e non vi fosse stato neppure un istante d'inganno della giustizia. Allora si avrebbe completa la consumazione soggettiva del reato e mancherebbe soltanto la oggettiva. Ma di nuovo sparirebbe il delitto mancato se si supponesse la perquisizione non susseguita dalla reperizione; perchè allora la non avvenuta reperizione non sarebbe effetto del caso, ma del nascondimento, e così del *modo di agire* o dei *mezzi adoperati* dallo stesso colpevole.

Titolo IV.

Simulazione di delitto.

§. 2656.

Affine alla calunnia è la *simulazione di delitto*, ma se ne differenzia peraltro a caratteri pronunciatissimi. Quando alcuno per privati suoi fini abbia falsamente denunciato di essere stato passivo di una delinquenza, senza peraltro specializzarne l'accusa contro determinati individui e senza intendimento di far condannare un innocente, si ha il titolo speciale di *simulazione di delitto*. Si ravvisa in questo fatto una offesa alla pubblica giustizia per lo inganno che a lei si fa: ed il suo carattere politico si desume dal detrimento che reca nei cittadini alla opinione della sicurezza l'annunzio di un delitto commesso benchè realmente non esista; dal disturbo e dalle spese a cui s'induce la pubblica giustizia; e dal pericolo di sospetti e molestie a cui si espongono gli onesti per la ricerca di un fatto immaginario (1).

(1) Classico esempio di simulazione di delitto ce lo porge Pisistrato. Aspirando costui a farsi signore di Atene si presentò un giorno al popolo nella pubblica piazza tutto coperto di ferite che si era fatte da sè medesimo, narrando di averle ricevute dagli Eupatridi a causa del suo amore per il popolo. Ebbe così licenza di formarsi una guardia armata, la quale aumentata da lui a poco a poco gli diede balìa di occupare la cittadella di Atene, e poscia riuscì dopo varie

vicende a farsi signore di quella Repubblica. Sono frequenti nella storia specialmente delle Repubbliche i casi di simulazioni di delitti e di calunnie motivate da vedute politiche, e che hanno prodotto seri sconvolgimenti in un paese. Tale fu quella di Tito Manlio Capitolino contro Furio Cammilio, sulla quale così bene dissertò Macchiavelli nei suoi *discorsi sulle Deche di Tito Livio lib.* 1, *cap.* 8.

§. 2657.

Il dolo speciale di questo reato è pur esso nell'animo d'ingannare la giustizia, non nell'animo di nuocere ad altri; poichè si suppone che ciò non si voglia, ma solo si miri ad un particolare profitto: per esempio, di ottenere comporto dai creditori simulando un furto patito; o di ottenere rimunerazioni dal padrone simulando di avere incontrato percosse nella difesa della sua proprietà; od altre simiglianti cagioni (1).

(1) È però sempre necessario che la simulazione sia seria; fatta cioè nel disegno di spingerla innanzi fino all'inganno della giustizia. Una simulazione di aggressione notturna di ladri, che vidi ordirsi per diporto di una villeggiatura onde mettere alla prova un ospite bravaccione, non avrebbe potuto trovare elementi di criminosità (quando l'ospite deriso ne avesse inoltrato formale denunzia) neppure dai più rigidi speculatori di delitti.

§. 2658.

Questo delitto è nei casi ordinari leggero, perchè nella sua figura *semplice* il danno principale consiste in una idea: la idea, voglio dire, che il pubblico

si pone in sospetto quando viene a sua notizia un delitto avvenuto. Può peraltro assumere un carattere di gravità, e degenerare anche in calunnia se si persiste ad asseverare il delitto falso dopo che la giustizia ha instaurato le sue persecuzioni contro un determinato individuo che per fatali combinazioni sia caduto in sospetto. In tale ipotesi potè essere di poco momento la prima simulazione perchè niente rivolta a danno altrui. Chi per ottenere dilazione al pagamento di un debito finse gli fossero stati rubati i denari che diceva aver posto in pronto per il pagamento, potè esser sedotto dalla erronea coscienza di non far niente di male. Ma se la giustizia credette al furto e lo venne apponendo ad un vicino di qualità sospette, e lo inquisì, e lo carcerò, e lo spinse al giudizio, il falso donunciatore che in tale giudizio perseverò ad affermare la sussistenza del delitto immaginario non potè non avere cognizione del danno che (sia pure oltre e contro le prime sue previsioni) veniva recando ad un infelice. Potrà allora dirsi che il fatto di costui degeneri in calunnia? La ragione di dubitare sta in questo: che nella prima simulazione costui non ebbe l'animo di calunniare; e ciò è chiaro: e nella seconda fase nella quale persistè ad asseverare il falso anche quando ne vide imminenti gli effetti nocevoli, egli agì pel fine di non rivelare la propria turpitudine, anzi il proprio delitto. Per questa ragione non sarebbe costui imputabile come falso testimone, nè come calunniatore. Per colpire questo emergente bisogna dunque prevedere gli *effetti più gravi* della simulazione di delitto, e minacciare più severa punizione, senza imbarazzarsi nella immutazione del

titolo. E forse per antivenire siffatto pericolo sarebbe utile estendere a questo caso, ed anche allargare la scusa della ritrattazione, onde togliere al simulatore perseverante il pretesto del proprio pericolo.

§ 2659.

Il codice Toscano all'art. 151 descrisse la figura semplice di questo reato con criterio negativo, e lo punì con la carcere da otto giorni ad un anno. Il criterio negativo trovasi nella condizione che — ivi — *l'azione non cada sotto il titolo della calunnia.* Ma questa formula forse non basta (per quello che ho notato testè) a colpire congruamente la eventualità di effetti più gravi. Ciò che può accettarsi come principio scientifico nei dettati di questo codice si è la condizione essenziale che la simulazione sia stata susseguita da un *referto ratificato:* o che la simulazione delle traccie sia stata fatta col *fine* che *dietro le medesime l'autorità procedesse.* È a questo momento soltanto e per codesto fine che s'incontra l'obiettivo della pubblica giustizia: senza ciò la simulazione rimarrà un atto innocente; o tutto al più potrà sviluppare una *frode* od un tentativo di frode quando sia stato simulato un delitto senza farne denunzia alla giustizia all'oggetto di eccitare l'altrui pietà per fine di lucro, come avviene nelle simulazioni d'infortuni (§. 2360) non derivanti da causa criminosa (1).

(1) Nel dettare la penalità di questo malefizio fu più cauto il codice Sardo; il quale all' art. 380 minacciò senza limite la carcere o la multa a *seconda dei casi,* con facoltà di

applicare tali pene anche congiuntamente; in tal guisa lasciò ai magistrati libero campo di tener conto nella irrogazione del castigo della immensa ed indefinibile elasticità che può assumere questo reato. Fra il codice Sardo e Toscano incontrasi ancora un'altra difformità. Mentre il Sardo ravvisa questo malefizio nella sola ipotesi della *falsa denunzia*, il Toscano v' intrude una seconda ipotesi che adegua alla prima; quella cioè di *chi finga le traccie di un delitto perchè l' autorità proceda*. Costui dunque pel codice Toscano sarebbe colpevole e punibile quantunque al simulato delitto non avesse fatto susseguire la mendace denunzia: pel codice Sardo al contrario non sarebbe perseguitabile tranne (già s' intende) il caso che le traccie si sieno finte per recare molestia giudiciaria a *determinata* persona. La formula del codice Toscano — *perchè l' autorità proceda*, che definisce il fine criminoso richiesto nello agente, è assai difficile a concretarsi in pratica. Esclusa la idea di nuocere ad un nemico, l' utile che può sperare chi simula un delitto lo ritrae dallo inganno della opinione pubblica più che dal susseguito processo; a meno che non sia uno di coloro (che pur ne vidi) i quali speculano sul contar novelle per farsi indurre come testimoni e buscare la diaria. Come si determinerà in pratica se l' accusato operò *perchè l' autorità procedesse* quando non presentò denunzia, o se piuttosto operò per speculare sull' altrui pietà?

§. 2660.

Questa combinazione della simulazione di delitto con la *frode*, o con la *truffa*, od anche col *furto proprio*, io la vidi spessissimo in pratica. Taluno era depositario di oggetti, ed essendoseli appropriati finse che i ladri avessero invaso il suo domicilio: un altro era stato inviato ad esigere per conto d' altri una somma di denaro; la fece sua, e tornò a casa

tutto contuso annunziando di essere stato violentato e derubato (1). In tale combinazione sciogliesi facilmente il nodo con la regola della prevalenza.

(1) Tre casi di questa forma di delitto si trovano raccolti dal Cerrelelli alla parola *furto, nn.* 91, *e* 107. In mancanza di speciale disposizione di legge la pratica Toscana applicava il carcere; che in quei tre casi trovasi inflitto ora in cinque ed ora in quaranta giorni. Ma fu però valutata come diminuente la spontanea ritrattazione del simulatore.

§. 2661.

Dalle cose esposte fin qui si rileva che il reato di *simulazione di delitto* ed il reato di *calunnia* possono essere *semplici* e possono essere *concorrenti.* È *semplice* il primo quando si simula il delitto senza dirigerne l'accusa contro determinata persona: è semplice il secondo quando contro determinata persona scientemente si dirige l'accusa di un reato veramente esistito ma commesso da altri. Si complette il malefizio quando si inventa un delitto che non ebbe mai vita, per farne elemento di accusa contro un nemico. Questa combinazione dovrebbe prevedersi dalla legge penale per aggravare la pena; e dovrebbe farsene una qualifica della calunnia, che è il titolo prevalente e perciò assorbente. Tre infatti sono le oggettività giuridiche che si ledono in tale combinazione — 1.° il diritto che hanno tutti i consociati di non essere spaventati per l'annunzio di delitti immaginarii; diritto universale — 2.° il diritto che hanno tutti i consociati acciò non si inganni la pubblica giustizia col far cadere la pena sulla

testa di un innocente; diritto universale — 3.° il diritto che ha ognuno di non essere ingiustamente soggettato a procedura criminale, e posto a pericolo di una immeritata condanna; diritto particolare (1).

(1) Moltissimi criminalisti e legislatori preterirono questo titolo di reato; e lo poterono senza pericolo, perchè quando il simulatore di delitto è comparso dinanzi al giudice per farne denunzia o ratifica di referto, esso assume la veste di testimone, e sotto la medesima può essere colpito col titolo di falsa testimonianza. La utilità principale dello introdurre questo titolo in un codice sta nel pensiero di evitare il pericolo che qualche giudice zelante vi adatti erroneamente il titolo di calunnia.

Titolo V.

Falsa testimonianza.

§. 2662.

È quasi un istinto dell' uomo quello di invocare la testimonianza di terzi quando vuole indurre qualcuno a prestar fede alle proprie parole; o di cercare le attestazioni di terzi per farsi certi della verità di ciò che altri asserisce. Tale istinto ha radice nel sospetto che chi afferma cosa in proprio interesse possa facilmente mentire; e viceversa nella presunzione che chi non ha interesse a mentire renda omaggio alla verità. Mostrai che su questa ultima presunzione (§. 947) si adagia tutta la credibilità dei testimoni giudiciali; come da quel primo sospetto nacque la universale costumanza che fece dei testimoni lo strumento efficacissimo in tutti i

giudizi: che se nel periodo dei giudizi di Dio l'orgoglio umano lusingatosi di avere a sua disposizione la testimonianza divina disprezzò le attestazioni degli uomini, presto dileguata l'audace pretesa dovette tornarsi a quel metodo che più è conforme ai dettati della umana ragione, e i testimoni furono lo elemento principale di tutte le procedure; ed in criminale lo furono così nel processo accusatorio, come nello inquisitorio, come nel misto.

§. 2663.

Ma poichè la esperienza mostrò che la umana tendenza ad obbedire alla verità spesso cedeva alla forza delle passioni, ed i fidefacienti deludevano o per leggerezza o per segreti moventi la espettativa di chi attendeva dalle loro labbra la sincera esposizione di quanto era a notizia loro, così fu antichissimo il pensiero di trovar modi onde vincere quei segreti moventi e condurre i testimoni a più seriamente considerare la importanza dell'ufficio proprio. Ad ottenere questa guarentigia di maggiore veridicità due furono i modi che si scelsero fino dalle più antiche nazioni. L'uno fu quello d'imporre ai testimoni l'obbligo del giuramento (1) onde aggiungere il dovere religioso al dovere cittadino; l'altro fu quello di minacciare severi castighi contro coloro che chiamati in giustizia a deporre un fatto alteravano la verità.

(1) Il costume di deferire il giuramento ai testimoni risale alla più remota antichità come prescrizione universale appo tutte le genti. Variarono le forme del giuramento: ora si

giurò invocando la divinità della nazione; si giurò per la vita del Re; si giurò per certi animali (Gruber *de jure-jurando, Halae* 1831) o per certe piante considerate come sacre; si giurò sulle ceneri dei morti; la formula variò, ma il concetto che il giuramento imprimesse il carattere di sacrilegio alla falsa testimonianza fu generalmente accettato. Soltanto ad alcuni moderni piacque il pensiero che il giuramento si dovesse affatto proscrivere nei giudizi penali, e questa tesi si propugnò dal Carmignani (*elementa* §. 583) con argomentazioni speciose come altrove (§. 955) notai. Avverto però che tali argomentazioni non hanno niente di comune con quelle per le quali modernamente si è combattuto il giuramento nei giudizi civili. Le due questioni sono essenzialmente diverse. Nelle antiche pratiche di parecchi tribunali d' Italia era consuetudine che il testimone prima si esaminasse, e poscia dopo rilettagli la sua deposizione dovesse a lui farsi confermare mediante giuramento: Teobaldo *pratica criminale pag.* 12, *Venezia* 1706. Questo si faceva per cautela onde non risicare il giuramento prima che dalla deposizione del testimone si fosse rilevato se in lui concorrevano cause di eccezione. Coerentemente a tal modo di vedere si faceva libertà al testimone di ricusarsi a giurare quando avesse dichiarato di essere nemico dello inquisito o suo dipendente o familiare. In generale le cautele sulla prestazione del giuramento erano nelle pratiche antiche molto maggiori che oggi non lo siano: sulle formule adoperate dai romani nel giuramento dei testimoni e sulle relative pene vedasi Raevardus *variorum lib.* 2, *cap.* 3, *et lib.* 5, *cap.* 5; dove al *cap.* 8 ricorda come li spergiuri fossero elegantemente chiamati *flagellatori degli altari*. La questione se i testimoni romani giurassero così nei giudizi privati come nei giudizi pubblici si tratta con grande erudizione da Escher *de testium ratione, Turici* 1842, *cap.* 5.

§. 2664.

La prescrizione del giuramento ai testimoni giudiciali venne spontaneamente a far prevalere la idea dell' atto religioso alla idea dell' atto civile; il titolo di sacrilegio al titolo di falso; e la considerazione del peccato come preponderante sulla considerazione del delitto nella *falsa testimonianza.* Ciò produsse due effetti diversi, l' uno di rigore, e l' altro di benignità: il primo fu quello di spingere la penalità alle più alte misure per riguardo alla offesa divinità; il secondo fu quello di considerare come non criminosa la falsa testimonianza quando era stata emessa senza il presidio del sacramento. Ogni volta che si cade in equivoco sul vero obiettivo di un malefizio è inevitabile che s' incontrino false conseguenze così nei criterii essenziali come nei criterii misuratori del medesimo (1).

(1) Di qui nacque che in quasi tutti gli institutisti anteriori al Carmignani si cerca invano fra gli speciali il titolo di *falsa testimonianza,* rimanendo questa inclusa ed esposta nel titolo *de perjurio.* Laonde bene osservò Carmignani doversi ricostruire dalle basi questa parte della dottrina. Molti criminalisti richiamarono la materia della falsa testimonianza alla teoria generale del falso, distinguendo tra falso *giudiciale* e falso *stragiudiciale:* Chartario *Decisiones criminales, decis.* 11. Ma la scienza moderna, quantunque fra tutti i falsi possa esservi dei caratteri di analogia subiettiva, non permette che si confondano tra loro le figure criminose tra le quali intercede differenza nella respettiva obiettività giuridica.

§. 2665.

Purificato dalle antiche nebbie (o almeno dalle più fitte) il giure penale mercè il progresso della civiltà e della scienza, e compresa questa verità così feconda di conseguenze che i giudizi si esercitano a benefizio di tutti i consociati, tutti e ciascuno dei quali hanno interesse che i medesimi corrano per la retta via, questo grande concetto della giustizia pubblica mostrò ai giuristi qual fosse il vero obiettivo della *falsa testimonianza*, e quali ne dovessero essere conseguentemente i criterii. Laonde oggidì le buone scuole e le buone legislazioni concordano nello insegnare che la *falsa testimonianza* (1) è un reato sociale e precisamente un reato contro la pubblica giustizia; e su tale base costruiscono la teorica di questo malefizio.

(1) Bibliografia — Caballo *resolut. cas.* 165 — Gomez *comment. ad leg.* 83, *n.* 7 — Avendano *de exequend. mandat. lib.* 2, *cap.* 27, *n.* 21 — Mascardo *de probat. conclus.* 739, *n.* 12 — Conciolo *resolut.* §. *falsum, resolut.* 2, *n.* 1 — Cavalchano *de testibus pars* 3, *n.* 36 *usque ad* 71 — Ciriaco *controv. for.* 637, *n.* 65 — Raynaldo *vol.* 66, *n.* 3 — Mevio *in jus Lubec. lib.* 4, *tit.* 12, *art.* 1, *n*, 1 — Grantzio *de defensione reorum cap.* 5, *memb.* 2, *sect.* 2, *art.* 5, *n.* 417 *et seqq.* — Basilico *decis. criminales decis.* 41, *n.* 16 — Riminaldo *lib.* 2, *consil.* 113 — Vogler *de homicidio linguae* §. 28 — Audent *de falso testimonio* — Melchiori *trattato dello spergiuro e del falso, cap.* 2, § 3, *e cap.* 14 — Carmignani *elementa* §. 856 — Giuliani *Istituzioni di diritto criminale vol.* 1, *pag.* 141; *e vol.* 2, *pag.* 162 —

Dalloz *répertoire, mot faux, vol.* 15, *pag.* 379 — Pessina *trattato di penalità speciale* §. 101.

§. 2666.

Così oggi il delitto di falsa testimonianza può definirsi nei seguenti termini — *l'affermazione del falso, o la negazione del vero scientemente emessa in danno altrui anche meramente possibile da chi depone legittimamente in giustizia come testimone* (1). Da tale definizione scaturiscono i criterii essenziali del presente reato: che sono; — 1.° la *deposizione giudiciale e legittima* — 2.° la *occultazione del vero* — 3.° la *coscienza di mentire* — 4.° il *danno altrui.*

(1) Sotto la denominazione di testimone a questo luogo possono nei congrui casi comprendersi anche le parti offese. Quando il querelante che inoltrò la falsa imputazione chiamato alla udienza come testimone la confermi a danno dell'accusato, la veste di testimone in lui sopravvenuta non fa degenerare il titolo di calunnia nato a suo carico per il primo delitto. Ma quando all'opposto l'offeso dopo aver dato una querela veridica, chiamato poscia come testimone, alteri maliziosamente il vero per favorire l'accusato, sorge nella purità dei suoi termini il titolo di falsa testimonianza: Corte di Cassazione di Palermo, decisione del 21 decembre 1865 inserita nel giornale la *Legge* al *n.* 34 del 1866.

§. 2667.

1.° L'attestazione deve essere *giudiciale:* i testimoni *istrumentali* (§. 944) possono macchiarsi di falsità in documento, ma non di falsa testimonianza.

Deve inoltre essere *legittima;* cioè — *a) completa:* finchè il testimone non è congedato dallo esame può ritrattarsi utilmente — *b)* fatta avanti giudice *competente* — *c)* eseguita con tutte le *forme* richieste alla sua validità dalla legge di rito. Queste condizioni costituiscono l'*elemento materiale* del reato (1).

(1) Nella pratica si trovano esempi di una incriminazione per *falsa confessione* diretta contro un accusato quasi ad analogia della falsa testimonianza: Hubero *Observationes rerum forensium observ.* 100. Ma questa idea non parmi suscettibile di essere fecondata utilmente. Il fine della falsa confessione può procedere da disperato consiglio, dalla veduta di procurarsi un alibi per qualche altro delitto, da un' allucinazione di falsa gloria, ed anche da odio contro un coimputato del quale si vogliono aggravare le sorti. È in questa ultima ipotesi che la falsa confessione può presentare una certa analogia con la falsa testimonianza. Ma ogni seria illazione è renduta impossibile per la differenza della situazione; e malgrado lo eventuale inganno della giustizia, è pure inaccettabile ogni punizione contro le false dichiarazioni di un inquisito, perchè la costatazione del *dolo* sfugge in faccia al pericolo proprio. Che se alcuno allettato da un premio vada a denunciare se stesso come autore del delitto altrui per salvare dalla pena il vero colpevole, non potrà neppure in questo caso trovarsi titolo nè di calunnia perchè calunnia *se stesso*, nè di falsa testimonianza perchè non è teste *quoad alios*.

§. 2668.

Secondo l'antica scuola al materiale di questo delitto esigevasi la prestazione regolare del *giuramento*. Ciò derivava dal sistema delle prove legali e dalla opinione che il deposto di un testimone non

giurato fosse privo di forza probatoria. Onde ne avvenne che a questo delitto si desse il nome di *spergiuro*. Modernamente rettificata questa nozione e guardata nella falsa testimonianza la offesa alla pubblica giustizia, e sostituito al sistema delle prove legali quello della intima convinzione, tutto ciò dovette cambiare. E poichè col sistema illimitatamente arbitrario della intima convinzione il giudice può dare pienissima fede alla deposizione di un testimone benchè non giurato, non si è più ritenuto il giuramento solenne come condizione del corpo del delitto. E questa dottrina prevale anche nel codice Toscano (1) (art. 271) e nel codice Sardo (art. 373) dove la mancanza del giuramento si valuta come diminuente. È però da avvertirsi che quantunque si faccia a meno in molte occasioni del giuramento, e si rilasci alla prudenza del Preside il deferirlo o non deferirlo secondo i casi, quando però il giuramento fu deferito il medesimo deve prestarsi con la formula (2) sacramentale imposta dalla legge di procedura. Altrimenti il deposto è nullo a tutti gli effetti di ragione.

(1) Vedasi però Blanche *Cinquième etude n.* 555.

(2) Acutamente ha osservato il Fulvio nella *Temi Italica (n.* 4, *anno* 3.°) che il rigore Romano sulle azioni della legge e sulla indispensabile osservanza di certe formule è oggi rimasto superstite unicamente nel giuramento dei testimoni. È di necessità che il testimone, se è chiamato a prestare giuramento, lo presti con la formula precisa prescritta dal codice, altrimenti ne avviene che il giudizio sia nullo, e che nulla essendo la deposizione egli evada la pena dello spergiuro per quanto apparisca provata la falsità del deposto. Discordando in questo punto dalla contraria opinione del

Niccolini, trova il Fulvio che le rigide prescrizioni sulla esattezza della formula del giuramento non sono un sacramentalismo superfluo, ma servono allo alto interesse che al testimone si faccia presente in ogni sua parte la estensione del dovere civico al quale si richiama; ed a questo fine tende la formula *tutta la verità, e niente altro che la verità,* per lo che è di grande importanza ed è rito essenziale del processo che nessuna parola di quella formula si ometta nel giuramento. Io aderisco pienamente alla opinione del mio illustre collega, che d'altronde egli assoda con la costante giurisprudenza di Francia. La Cassazione di Francia trovò motivo di nullità nella sola mancanza della parola *tutta* (15 settembre 1843 — 10, e 24 maggio 1845 — 26 febbrajo 1846 — 13 luglio 1850 — 2 ottobre 1851 — 9 luglio, e 19 agosto 1853 — 12 maggio 1854 — 1 febbrajo e 1 settembre 1856 — 12 marzo 1858) come pure nella sola mancanza della frase *niente altro che la verità* (2 agosto 1850 — 19 agosto 1853 — 2 marzo 1854 — 10 agosto 1855 — 20 luglio 1858) e molto più nella mancanza dell'una e dell'altra (10 novembre 1820 — 19 maggio 1832 — 12 e 13 novembre 1845 — 26 febbrajo, e 25 luglio 1846 — 12 marzo 1855 — 29 agosto 1856 — 12 marzo, 27 agosto 1858) od in altra variazione della formula (23 luglio 1813 — 2 febbrajo, 16 giugno, 6 ottobre 1814 — 23 febbrajo e 12 settembre 1816 — 15 giugno 1821 — 28 giugno 1832 — 18 febbrajo 1847 — 13 aprile, 30 novembre 1849 — 8 aprile 1824 — 19 agosto 1826 — 17 febbrajo 1832 — 23 aprile 1835 — 15 aprile 1837 — 15 marzo 1845 — 26 febbrajo 1846 — 4 novembre 1848). Il Niccolini non approfondò, a mio credere, sufficientemente la questione quando manifestò il pensiero che nella semplice parola *giuro* si contenesse abbastanza tutto quanto interessava rammentare al testimone circa l'atto che andava a compire. Sì, concordo io pure che sotto il punto di vista *religioso* la parola *giuro* basti anche sola a far presente al testimone la santità dell'atto: ma non può dirsi altrettanto sotto il punto di vista *civile,* perchè il testimone

può credere che la legge civile gl' imponga il dovere di non mentire sulle circostanze delle quali viene ricercato, ma non gl' imponga altresì il dovere di nulla tacere di quanto a giudizio suo può essere utile al processo; ed il dovere altresì di essere veridico anche in quello che dica senza esservi interrogato. Ecco la importanza reale di quella formula, alla incompletezza della quale non supplisce davvero la parola *giuro* per quanto questa sia sufficiente a far comprendere l' obbligo religioso.

§. 2669.

Del resto la nullità dello esame che esclude il delitto nel suo materiale può essere tanto *estrinseca* o di *forma* quanto *intrinseca* o di *sostanza*. E dicesi nullità di sostanza quella che deriva dallo avere esaminato come testimone persona che *come tale* non poteva esaminarsi: per esempio la moglie od il figlio contro il marito od il padre; il complice nel delitto di cui è partecipe (1); ed in generale l' avere esaminato alcuno sovra circostanze che lo portassero a confessare il proprio delitto. L' uso barbaro (2) ed irrazionale di deferire il giuramento ai rei in proprio pericolo è stato ormai profligato da tutti i codici civili. E conseguenza logica del riconoscimento di tale verità si è questa, che se un giudice o per ignoranza di diritto, o per ignoranza di fatto interroghi alcuno come testimone sopra il proprio delitto, la falsità che questi risponda non lo rende colpevole di falsa testimonianza; sì perchè manca al reato il materiale di un' attestazione legittima, sì perchè quello è scusato dall' istinto giustissimo della propria difesa: *nemo tenetur prodere se ipsum.*

(1) Coocorde io quanto ai complici è l'iosegnameoto dei dottori: Antoo Matteo *de crimin. tit.* 15, *n.* 11 — Coociolo *in Stat. Eugnb. lib.* 4, *rub.* 47, *n.* 7 — Roncaglia *theolog. mor. tract.* 15, *quaest.* 5 — Farinaccio *cons.* 60, *n.* 128 — Bonfino *in bannim. gener. cap.* 12, *n.* 61 — Conciolo *resolut.* §. *testis quoad dicta, resolut.* 11, *n.* 1 — Deciano *tractat. crim. lib.* 6, *cap.* 10, *n.* 13 — Melchiori *del falso e dello spergiuro cap.* 5, §. 38.

(2) Sappiamo che in antico fu generale la costumanza di deferire il giurameoto allo accusato, e punirlo poscia per la violazione del sacramento quando fosse risultato spergiuro; Vignoli *de judiciis criminal. cap.* 17. Questo giuramento con formula singolare si chiamò purgatorio, quasichè i sospetti elevati cootro di alcuno lo sottoponessero all' obbligo di purgarsi da qualche cosa di cattivo che fosse in lui. Fu falso il postulato e fu contro la legge di natura la punizione. Ciò venne poco a poco a comprendersi, ed allora s' introdusse la distinzione che il reo quando avesse falsamente asseverato con giuramento la propria innocenza non potesse punirsi come spergiuro se a lui sovrastava pena corporale, e lo si potesse se a lui minacciavasi pena pecuniaria, perchè allo incorrere la prima esisteva la naturale repugnanza che si riteone non esistere verso la seconda: Hertius *Responsa, consil.* 238, *tom.* 1. Ma la scieoza moderna proscrisse il costume di deferire il giuramento allo accusato senza distinzione fra pena e pena, e fece benissimo.

§. 2670.

Questa verità alla quale fino dal 1834 ottenni plauso dalla cessata ruota criminale lucchese a difesa di due falsi testimoni che poscia si discopersero correi nel delitto sul quale erano stati chiamati a testificare, ha avuto per altro in Francia degli oppugnatori. Si è preteso distinguere fra il caso in cui

il giudice *conoscesse* la condizione dello individuo per la quale era a lui vietato di esaminarlo come testimone, e qui si è concordato non potersi imputare la falsa testimonianza; ed il caso in cui il giudice ignorasse simile condizione, e si è voluto che allora anche il complice esaminato come testimone fosse punibile per la mendace deposizione. L' argomento di questa ultima opinione e capzioso. Il testimone (si dice) incominciò dallo ingannare il giudice quando a lui nascose (1) la qualità che lo esonerava dall' obbligo di testificare. Se illuso da lui il giudice lo credette teste idoneo voi non potete scusare il falso deposto di costui per quella circostanza occultata, perchè scusereste un falso per un falso. Ma questo argomento pecca di circolo vizioso, perchè quello stesso pericolo che esercitando violenza morale sull' animo del testimone lo indusse a mentire sul fatto principale, esercita su lui uguale potenza morale per indurlo a nascondere la propria correità.

(1) Una decisione francese del 2 decembre 1864 (riferita da Morin *art.* 7952) stabilì che la falsa testimonianza non è scusata dal pericolo personale del testimone. Ivi si cita una decisione del 1843 che estende il rigore anche al caso in cui il testimone fosse in una circostanza che non permettesse di costituirlo in esame come tale, se egli ha taciuto cotesta circostanza. Analoga è la decisione della Corte di Rouen del 25 aprile 1868: Morin *art.* 8752. Ma io non loderò mai questa giurisprudenza evidentemente tirannica che pone in urto il precetto civile con i sentimenti della natura. Deve rispettarsi anche nelle materie penali il principio che vietò nelle materie civili di interrogare la parte sopra articoli che la indurrebbero a confessare la propria turpitudine: Mascar-

do *de probationibus conclus.* 1183, *n.* 40 — Voet *ad pandectas lib.* 11, *tit.* 1, *n.* 5. Che se ad onta di quella regola fosse stato ammesso il giuramento, il giudice criminale dovrebbe tener conto di quella circostanza come dirimente proclamandola *esclusiva del dolo.* A molto maggior ragione questi principii devono essere rispettati senza tante distinzioni cerebrine (tutte figlie di quella falsa scuola politica che calpesta la morale) quando il teste esaminato in criminale non mentì per sola ragione di propria vergogna ma mentì per ragione di proprio pericolo personale. Così giudicò la Corte di Appello di Catania nella decisione del 30 marzo 1870 riferita nell' *Eco dei Tribunali* al *n.* 2443, *anno* 12. L'argomento *del diritto di esimersi dal fare testimonianza in una procedura penale* fu largamente svolto dal Dott. Hassivvanter in apposita dissertazione pubblicata nell' *Eco dei Tribunali* ai *n.* 753 ed altri sei susseguenti.

§. 2671.

2.° Il secondo estremo è che l'attestazione sia *falsa:* e questo pure attiene al materiale. Colui che ricevesse denaro o servisse ad una propria passione deponendo il vero non sarebbe falso testimone. Le sole varianti o contradizioni (1) di un testimone possono essere indizio grave di falsità ma non la costituiscono di per loro stesse finchè non sia d'altronde giustificato in che il testimone abbia mentito. Del resto lo estremo della *falsità* si costituisce tanto dall' affermazione del falso (2), quanto dalla negazione del vero, ed anche entro certi limiti da una reticenza maliziosa.

(1) L' antica pratica esaminò la questione del conflitto fra ciò che il testimone depose in giudizio, e ciò che aveva pre-

cedentemente detto fuori di giudizio. E poichè in allora si puniva anche lo spergiuro stragiudiciale per riguardo al peccato, s' insegnò che il testimone doveva punirsi perchè era certo che egli o in giudizio o fuori aveva una volta spergiurato. Ma se il suo detto stragiudiciale egli non aveva sostenuto col giuramento non si puniva, perchè sarebbesi punita la sola bugia: Cantera *quaestiones criminales cap.* 8, *n.* 46 — Covarruvio *variarum resolutionum lib.* 2, *cap.* 13, *n.* 7. Ma oggi che lo spergiuro stragiudiciale più non si eleva per sè solo a delitto, le contradizioni stragiudiciali del testimone col suo giudiciale deposto ad altro non valgono che a dare un *indizio* atto a far dubitare della sua veridicità. Ma quale indizio? Se questo si considera nella causa principale come ragione di rimanere in dubbio sulla veracità del testimone in danno od in favore dell' accusato, lo indizio potrà esser grave e rendere esitante la coscienza del giudice che debba riposare sul detto di quel testimone. Ma quando per tale contradizione si voglia tosto gridare che il testimone ha mentito in giudizio, e *senza altra prova* condannarlo (come pur troppo vidi talvolta) si cade in un giudizio precipitato e spessissimo erroneo. È frequente che un ciarliero stragiudicialmente narri di aver veduto od udito mille cose che non udì nè vide, o vide ed udì molto diversamente. È frequente che un miserabile vada jattando di sapere ed aver veduto parecchie cose pel solo fine di essere citato e buscare la diaria di testimone. Io ebbi di questa particolare speculazione moltissimi esempi nelle nostre campagne. E se il vincolo del giuramento costringe colui a confessare in giustizia di aver mentito fuori di giustizia, non è politico che si frastorni con la minaccia di una pena la manifestazione del vero. D' altronde tale sistema pecca contro la logica. Il giudice che disse, *senza altra prova,* ti condanno per avere spergiurato in giustizia perchè ciò che negasti qua avevi prima affermato stragiudicialmente, non si avvide della contradizione nella quale inciampava. Dando fede alla dichiarazione stragiudiciale di colui egli lo supponeva veridico; e lo sup-

poneva veridico per condannarlo come menzognero. Quando a credere una cosa altro argomento non si ha tranne il detto di uno che prima affermò e poscia negò quella cosa, il risultato logico è una quantità negativa; è lo stato di dubbio. In dubbio non si potrà condannare l'accusato principale, ma neppure si potrà condannare il testimone.

(2) Si esaminò dai pratici la questione se il testimone possa mai punirsi come falso per ciò che affermò o negò contro il vero, mentre era chiamato a deporre soltanto *de credulitate:* Caldero *decisiones Cathaloniae decis.* 8 — Conciolo *resolut. in tit. falsum resol.* 14, *n.* 3 — Michaloro *de positionibus cap.* 41 *in princ.* dove volle distinguere tra falsa testimonianza e spergiuro in posizioni. A me parve futile cotesta questione. L'uomo che depone di credere o non credere una cosa, difficilmente potrà essere convinto di mendacio, perchè a tal fine bisognerebbe leggere nello interno dell'animo suo. Ma in questo senso non bisogna dire che chi depone *de credulitate* non possa inquisirsi per la falsità: deve dirsi che difficilmente il processo potrà in simili termini portarsi ad una conclusione, perchè il dubbio della colpevolezza salverà l'accusato. Ma quando la prova possa ottenersi, non vi è ragione giuridica per esimere dalla pena il falso testimone sotto il pretesto che egli abbia soltanto deposto di una propria opinione. Se fosse altrimenti i testi *periti* non sarebbero mai perseguitabili: Farinaccio *de testibus quaest.* 67, *n.* 66 — Bajardo *ad Clarum* §. *falsum n.* 34: mentre invece è indubitato che anche il medico il quale deponga in cosa di propria scienza può essere accusato di falsa testimonianza: Phoebo *Decisiones Lusitanae, decis.* 69, *pag.* 209.

§. 2672.

Un' apposita disposizione della legge Cornelia avendo sottoposto alla pena del falso il testimone

che aveva accettato denaro per soddisfare a questa funzione, i pratici riprodnssero siffatta regola (1): e applicarono conseguentemente la pena per quel solo fatto anche al testimone che fosse stato completamente veridico nella sua deposizione. In tal guisa si adeguavano i testimonii ai pubblici ufficiali che incorrono nella *corruzione* col prendere mercede anche per fare cosa giusta. Ma poichè quella regola parve dura, si limitò nei testimoni poveri che avessero chiesto od accettato nna modica somma a titolo d'indennità. La regola per altro non era viziosa soltanto per ragione del rigore: era viziosa per la nozione scientifica; giacchè non può aversi falso senza immutazione del vero; e per qnesto motivo viene oggi universalmente reietta. In quanto alle indennità ai testimonii esse si accordano dalla legge: chè se siasi data o pretesa una somma esorbitante, ciò potrà dare un qnalche sospetto d'interesse nel testimone e fare dubitare della sua veridicità; onde i criminalisti noverano fra i testimonii eccezionabili quelli che furono pagati *ad testificandum;* lo che vuole bene intendersi di nn vero premio e non di semplici indennità. Ma ciò non basta a togliere ogni fede al testimone, e molto meno a sottoporlo ad accusa per falsa testimonianza. Soltanto quando ne ricorrano i termini per cagione di nn inganno potrà sorgere il titolo di *scroccheria.* Mai si potrà guardare il fatto come violento per la estorsione del danaro esercitata a danno di chi abbia subito la venalità del testimone per bisogno che ne aveva, perchè essendo pronto il mezzo di costringere il testimone a comparire per autorità di giustizia, il privato che si adattò alle sue esigenze non può

rimproverare che la propria libera volontà del danno patito nel patrimonio.

(1) Claro §. *falsum, n.* 18 — Farinaccio *de falso quaest.* 67, *n.* 7 — Conciolo *resolutiones, verbo falsum, res.* 19, *n.* 1 — Carpzovio *practica quaest.* 95, *n.* 49 — Lapeyrere *Décisions du Palais let. T, n.* 29.

§. 2673.

Non meno erronea è la regola (desunta pur essa dal giure romano) che debba punirsi come falso testimone colui che sapendo di essere cercato per testificare si allontani dal paese o adoperi arti per non essere trovato, o audacemente ricusi di comparire: Menochio *de arbitrariis cas. 320, n. 12* — Bossio *tractatus, tit. de falsitate n. 164* — Bergero *electa disceptationum tit. 22, pag. 622.* Alcuni moderni (Melchiori §. *19, cap. 5)* pretesero sostenere questo dettato e addussero che il testimone occultandosi o ricusando di deporre viene in sostanza ad occultare il vero dolosamente e nuoce alla giustizia. Ma se questa è buona ragione per colpire di pena speciale il testimone che regolarmente citato rifiuti obbedire (1) alla intimazione, non è buona ragione per punirlo come falsario.

(1) Il rifiuto del testimone a prestare giuramento è considerato comunemente come un reato contro la pubblica giustizia di forma speciale, e come tale punito. Relativa disposizione si trova nel codice Francese all' art. 256 (vedasi Morin *art.* 8501) nel codice Sardo all' art. 370 e nel codice Toscano all' art. 149, § 1. Il codice Francese, che pu-

nisce la disobbedienza con una multa, commina il carcere quando siasi allegata una scusa falsa. Tale disposizione estendesi anche ai giurati: vedasi Blanche *quatrième étude pag.* 207. Ma che dovrà dirsi se il testimone appartiene ad una di quelle religioni dissidenti che assolutamente proibiscono come grave peccato il giurare a nome di Dio? Ho veduto in pratica di tali esempi, ed ho veduto applicare la pena del *rifiuto*. Ma io mi permetto di dubitare di questa massima. È principio cardinale (§. 12) che la legge dello stato non può mai comandare ad un cittadino un atto che sia contrario alla religione da lui professata, od alla morale. Dove si tollera il culto dissidente che si esercita pubblicamente in appositi templi, lo stato contrae l'impegno con quei religionarii di rispettare e far rispettare la loro religione. Esso dunque si contradice quando punisce costoro perchè non vogliono fare un atto che si vieta come peccato dalla legge divina al modo con cui essi la intendono. Per loro tanto è comandare il giuramento, tanto sarebbe comandare l'adulterio. Oltre a ciò non vi è logica coerenza in questo sistema. I culti dissidenti si rispettano tutti nella *forma* del giuramento, che ciascuno presta secondo il rito della propria religione. Ora il dissidente di cui parlo non già si rifiuta (notisi bene) a *deporre*, ma rifiutasi soltanto a pronunziare la parola *giuro*, ed a stendere la mano sulla immagine di Dio. Egli vuol dire *prometto di dire la verità*. Ma questa formula non è dessa secondo la religione di lui il *rito speciale* con cui egli obbliga la sua coscienza in faccia a Dio a dire la verità? Lo è senza dubbio rispetto alla religione di lui, per la quale si offende Dio violando la *promessa* di dire il vero, come si offende da noi violando il giuramento. Lo è del pari in faccia alla legge civile, che minaccia le pene della falsa testimonianza, anche quando non siasi giurato. Per me il dissidente che dice *prometto* è nella stessa situazione del cattolico che dice *giuro*. Non vorrei dunque punirlo come recusante. Ma per buona logica procedendo su tale concetto non esiterei, quando mentisse dopo

aver detto prometto, a negargli la diminuente che la vegliante legge accordi al falso testimono che *non prestò giuramento*. Vedasi La Cuisine *de la justice criminelle pag.* 510. Il caso che io accennava in questa nota di condanna del dissidente che non aveva voluto giurare secondo le forme cattoliche era del tribunale di Pisa. Ma quella sentenza fu poi deferita in appello alla Corte regia di Lucca la quale la revocò. Ma la questione ha preso poscia diverso aspetto quando si è presentata ad occasione dei *liberi pensatori*, i quali non credendo in Dio non fanno come i *dissidenti* questione del sottoporsi ad uno speciale vincolo religioso per guarentigia della loro sincerità, ma rifiutano di sottoporsi a vincolo religioso nessuno perchè non hanno religione, e conseguentemente offrono *una promessa di dire il vero sotto la fede dell'uomo onesto*. E qui di nuovo si è riprodotta la disputa. Molti hanno sostenuto una distinzione fra il dissidente e il libero pensatore; ed ammettendo che quello possa dar fede di sè sotto la forma del proprio culto hanno preteso che questo non avendo culto debba giurare secondo il rito cattolico prescritto dalla legge. Ma questa tesi e questa distinzione si è recentemente combattuta con solide argomentazioni dallo illustre Miraglia il quale propugna la massima che il libero pensatore debba ammettersi a deporre con il solo dar fede di sè promettendo da uomo onesto di dire la verità. Questo ingegnosissimo ragionamento trovasi nell' *Eco dei tribunali n.* 2492, *pag.* 586. E posso aggiungere che la massima del Miraglia io l'ho veduta frequentemente accettata per consuetudine di molti tribunali, ed è stata sostenuta di nuovo dal Mosca in una elaborata dissertazione che ha per titolo il *giuramento forzato*.

§. 2674.

Ammetto che il testimone quando è comparso dinanzi al giudice possa cadere nel falso per ogni

modo che adoperi ad *occultare il vero;* ma *una falsità senza deposizione* a me pare concetto mostruoso ed antigiuridico. Dove ancora trionfasse il pensiero della solidarietà cittadina, pel quale in ogni consociato si vuole da alcuni nomoteti moderni riconoscere l' obbligo di concorrere spontaneamente con ogni propria attività alla prevenzione dei delitti ed alla scoperta di quelli commessi; dove anche tale pensiero si spingesse alla più rigorosa deduzione di chiamare delinquente colui che istruito di qualche circostanza che porrebbe in chiaro un delitto od un delinquente la tenga occulta o per tedio o per simpatia o per inerzia; tutto questo condurrebbe a costruire una nuova figura di delitto; ma il titolo di tale reato non potrebbe mai essere quello di *falso,* mancandone ogni subiettività. Noi siamo per altro tuttora lontani da quelle condizioni di civica virtù e patriottismo che permetta di mantenere con repressioni penali ogni dovere cittadino, ed erigere in obbligo la delazione. Non vale argomentare dal principio che la falsità si possa commettere anche con atti soltanto *negativi.* Sta bene questo principio ma bisogna che all' atto negativo preceda un atto *positivo* che costituisca il dovere giuridico di manifestare la verità. Tutto quello che può farsi nei costumi nostri si è di costringere con la forza il testimone citato che sia *renitente,* e punirlo ancora dove lo sia per malvagio consiglio, ma punirlo per titolo di *renitenza* e non per *falsità* (1).

(1) Il titolo di *renitenza* potrebbe benissimo guardarsi dalla teoria come un titolo generale comprensivo di tutti quei fatti pei quali il cittadino si sottrae maliziosamente dallo

adempiere un dovere a lui specialmente imposto per servizio della patria. In questa classe verrebbero spontanei la renitenza alla leva, la disobbedienza del giurato, del testimone, del milite cittadino, e via così discorrendo; e costruita sopra un concetto generale tutta questa teorica, nella quale si avrebbe sempre per punto oggettivo il diritto universale, potrebbero acquistarne lucidità la scienza e migliorìa le legislazioni. Questo trattato generale della *renitenza* sarebbe utilissimo. E vi troverebbero apposita sede le questioni relative alle *scuse (Temi Zanclea anno 3, n. 9, pag. 70 e la nota)*: e le questioni relative alla *competenza*, la quale fluttua tra i consigli di leva, i consigli di guerra, i tribunali ordinarii secondo i casi *(Giurisprudenza di Catania anno 2, dispense 10, 11, pag. 186 e pag. 188)*. Ma in un corso di diritto criminale non possono darsi speciali sedi ai reati di indole puramente militare. Vi sono però delle forme di renitenza che, per un fatto *positivo* ulteriore che le accompagni, si estrinsecano in *reati comuni*, e tale è la *mutilazione del coscritto* della quale trattammo a §. 1406. Malgrado ciò in alcuni paesi anche questo fatto si è noverato fra i delitti *militari*. Nella Spagna (a modo di esempio) la ordinanza reale pubblicata il 9 febbrajo 1796 per l' esercito di terra e di mare, aveva per questo fatto una disposizione speciale, e lo puniva con la galera a tempo: Colon *juzgados militares tom. 4, pag 24*.

§. 2675.

Deve per altro avvertirsi che neppure sotto il titolo di *renitenza* potrebbe punirsi il testimone citato che si rendesse latitante, quando egli fosse nella categoria di coloro dei quali la legge vieta l' esame; come i figli e i genitori dello accusato (1). Certamente anche costoro agirebbero male, perchè dovrebbero obbedire, e presentarsi e dedurre la loro

ricusa a deporre perchè protetta dalla legge. Una disobbedienza agli ordini dell' autorità vi è per fermo anche in tali fatti. Ma facilmente si ammetterà loro la scusa, perchè prima causa del loro fallire fu l' abuso del giudice che li citò in onta alla legge. Se questi ebbe la veduta inquisitoria di strappare dai loro moti o dal loro contegno un qualche indizio della colpevolezza del coniuge, figlio, o genitore, essi furono prudenti a sottrarsi onde evitare di porre le loro fisonomie e la loro inesperienza nella balia di una sagacia riprovevole (2).

(1) Uguale opinione ricorda La Cuisine (*de la justice criminelle en Cours d' Assises, pag.* 242) quando la citazione a comparire come testimone fosse maligna ed ingiuriosa a suo riguardo; e argomenta dalla *leg.* 1 *ff. de testibus*, dalla dottrina di Ayrault, e da un giudicato della Cassazione di Francia del quale non accenna la data. La sua argomentazione in sostanza è in questo senso; se il tribunale avrebbe potuto dispensare il testimone dall' esame e congedarlo per buone ragioni, il tribunale stesso deve essere libero padrone di assolverlo dal rifiuto a comparire quando trovi che abbia avuto buone ragioni per non comparire. Uguale argomentazione si può ripetere con maggior forza a riguardo dei testimoni che la legge dispensa dal deporre a causa del segreto imposto dalla loro professione. Intorno a questi osserva lo stesso La Cuisine (*op. cit. pag.* 342) essere contraddittorio che mentre la legge (codice Francese art. 378) ascrive loro a delitto la violazione del segreto, il giudice comandi loro di violarlo. Ora è da avvertirsi che anche in proposito di questi testimoni la facoltà di ricusarsi a deporre non guarentisce da una sorpresa per parte di giudici inquisitori: onde se la prudenza consigliò il testimone a non comparire al fine di evitare il pericolo di tale sorpresa, pare a me che meriti elogio e non pena. Di tale questione si è recentemente oc-

cupato Hemar *du secret médical (Revue critique vol. 35, pag. 529)* ed ecco la sua dottrina — *L'obligation du secret n'exempte jomais le médecin de comparoitre. Telle etait la doctrine de notre ancienne jurisprudence et tels sont certainement les principes de notre droit moderne. Tout autre conduite de la part du médecin l'exposerait à l'amende portée par l'article 80. Mais la révélotion est elle obligatoire?* Legraverend *est le seul criminoliste qui ait osé répondre affirmativement. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à repousser cette opinion.* E cita in conformità un decreto della Corte di Cassazione del 26 luglio 1845. È però necessario che il medico dichiari formalmente di avere acquistato *per confidenza* e sotto il segreto della professione la *cognizione dei fatti* sui quali si vuole interrogare. Tale è la dottrina della Cassazione di Francia che sarebbe opposta alla opinione da me sostenuta. E notisi che la comune degli scrittori estendono l'obbligo del segreto ai più illimitati confini con la formula *conosciuto per confidenza:* laonde il medico non è astretto al segreto soltanto per ciò che siagli stato *detto* dall'infermo, e che sia stato la *cagione* della sua chiamata, ma anche per ciò che (indipendentemente dalla cura richiesta) abbia *accidentalmente veduto* o congetturato nella camera o casa dell'infermo alla occasione della sua introduzione colà come medico. Del resto la questione della punibilità della renitenza a comparire tutta dipende dal decidere se il giudice possa astringere il medico ad *affermare con giuramento* la circostanza del segreto che lo esonera dal deporre. Ora a me sembra che male si possa dire custodito gelosamente un segreto quando si costringe a dichiarare che una cosa si sa ma si sa per confidenza di professione. Una reticenza simile può riuscire, a danno di un accusato, più fatale di quello che potessero essere le esplicite dichiarazioni. Io non arrivo a capire come possa asserirsi che si rispetti il segreto della professione quando si impone alla levatrice che assistè una fanciulla nel parto, di dichiarare che non può dir niente perchè assistè quella fan-

ciulla come levatrice! A me pare anche questa una delle solite ipocrisie con le quali lo zelo degli accusatori riduce praticamente a nulla i più sacri principii, mentre fa sembianza di rispettarli. Per me il professionista ha diritto di non comparire come ne hanno diritto il padre, il figlio ed altri eccettuati. Quando la legge mi dà diritto di *non rispondere* io non sento in coscienza l'obbligo di comparire per dichiarare che non voglio rispondere: io consegno questa dichiarazione all'usciere che mi reca la citazione, e l'usciere che riferisce al giudice avere io dichiarato di non volere comparire perchè non voglio essere esaminato contro mio figlio ha reso noto al giudice quanto basta per insegnargli che egli non ha più alcun diritto di coazione sopra la mia persona. Chi insiste sulla comparsa non può avere che un motivo di tradimento: quello cioè di strappare dal contegno del teste eccettuato che ricusa deporre un qualche indizio espiscato a suo modo per abbagliare le menti dei giurati. E di vero mi destò ribrezzo nell'animo il contegno dell'accusatore quella rara volta in cui lo udii tentare sopra i giurati il fascino di questo argomento: *la madre del giudicabile debitamente chiamata ricusò di deporre; dunque essa sapeva che il figlio era colpevole, e ciò basta perchè voi senza più cercare lo condanniate.* Insinuazione perfida e maligna: la quale se andasse in uso convertirebbe in un tranello insidioso la legge che vieta l'esame dei testimoni eccettuati quando ricusino deporre. Vera insidia abominevole perchè una madre non potrebbe mai astenersi dal deporre per un sentimento di paura senza esser certa di far cadere sul collo del figlio la scure con quel suo rifiuto, e rendersi parricida. Eppure quell'argomentazione oltre ad essere immorale è ancora sofistica; perchè non è sempre vero che la madre ricusi deporre per la *scienza* che abbia del reato del figlio. Il figlio era assente da casa: la madre niente sa cosa abbia fatto egli in quell'ora: lo crede innocente ma pure sta in dubbio vedendo procedere la giustizia contro di lui; ed essa ragionevolmente teme di potergli pregiudicare con

qualche dichiarazione della quale non può valutare la importanza sul processo: teme di rovinarlo se dice che uscì a quell'ora o a quell'altra; se dice che vestiva di nero o di bianco; se dice che uscì solo o con Cajo; ed altre mille piccole circostanze che sebbene a lei niente manifestino di criminoso, dubita però che possano avere un influsso fatale: non vuole esporsi all'orribile evento di sentir dire condannate a morte quell'uomo perchè sua madre ha deposto che questa pezzuola è sua; od altro simile. Questa eventualità le fa raccapriccio, e si ricusa a deporre sebbene speri tuttora il figlio innocente, e niente sappia del delitto. E l'insidioso sofista verrà ad ingarbugliare i giurati (troppo proclivi a lasciarsi trascinare dalle illusioni) dicendo loro, la colpa è certa poichè la madre ricusò di deporre! Orribile, orribile, indegno di tempi civili. Altro pretesto ad eludere il divieto ed a calpestare le sante leggi della natura e della morale si tentò cogliere dalla circostanza dello intervento di coaccusati estranei, farisaicamente dicendo che si interrogava la donna in quanto agli estranei complici del figlio e non in quanto al figlio accusato dello stesso delitto. Ma questo sotterfugio fu debitamente rejetto dal Tribunale Imperiale di Appello di Trieste col giudicato del 28 settembre 1869 ricordato nella *Gazzetta dei Tribunali di Trieste anno* 5, *n.* 5.

(2) Analoga è la ricerca se l'accusato possa citare come testimone a difesa uno dei giudici del tribunale, e trattasi da Morin in apposita dissertazione nel suo *Journal de droit criminel, art.* 8946.

§. 2676.

Si volle ancora dai pratici (Deciano *tractatus lib.* 7, *cap.* 17, *n.* 15) adattare il titolo di falso al testimone che dopo il suo esame in una scritta procedura riveli ad altri le interrogazioni a lui dirette dal giudice o le risposte date alle medesime.

Questa dottrina prese piede quando il segreto della inquisizione essendo condotto al suo apogeo s' impose nei riti di molte curie l' obbligo del segreto al testimone, o per regola comune a tutti i delitti o per misura eccezionale in ordine a certi reati che si dissero più *odiosi*, o meglio dovevano dirsi più *odiati*. Si giunse perfino ad imporre il segreto sotto il vincolo del giuramento. Coteste sembrano a noi esorbitanze di fanatismo: ma dove pure una politica meticolosa le mantenesse, sarebbe sempre repugnante ed assurdo applicarvi la nozione del *falso*. Strano concetto accusare di falso chi ha palesato la verità.

§. 2677.

Si è fatta la questione se il testimone che comparendo in giustizia si è annunziato sotto *falso nome* possa per ciò solo condannarsi come reo di falsa testimonianza: vedasi Morin *art. 8077*. La ragione suggerisce che questo problema si debba sciogliere con una distinzione. O era citato Cajo il quale era informatissimo del fatto, e Tizio che niente ne sapeva si presentò assumendo il nome di lui per potere con tranquilla coscienza occultare le circostanze nocevoli all' accusato che Cajo stretto dal vincolo del giuramento avrebbe dovuto rivelare; ed io non troverei difficoltà a riconoscervi gli estremi della falsa testimonianza, perchè allo elemento subiettivo risponde lo elemento obiettivo. O la persona che comparve in giustizia era veramente quella che si era voluta indurre, citare, ed esaminare; ma questa persona viveva nel paese sotto nome mentito (perchè, per esempio, era esule o contumace) e nel

suo esame perseverò a sostenere il nome mentito per non discuoprirsi; ed io penso che manchino gli estremi del delitto, perchè se in questo fatto si può trovare lo elemento subiettivo di una falsa testimonianza, gli manca la obiettività giuridica non potendosene apprendere detrimento alla giustizia. Non osta alla prima soluzione l'obietto che la deposizione fu interamente veridica; perchè il testimone deve essere veritiero su tutto ed anche nella declinazione del suo nome; laonde ingannerebbe la giustizia anche quando occultasse una qualche sua qualità influente (per esempio la parentela con lo accusato) per essere meglio creduto. Bensì potrebbe essere disputabile la seconda soluzione, perchè la difesa potrebbe dire che il danno vi fu, inquantochè se essa avesse conosciuto il vero nome del fidefaciente ne avrebbe tratto una eccezione per recarlo in discredito appo i giudici (1).

(1) Il tribunale di Treviso con sentenza del 17 novembre 1865 dichiarò *falsa testimonianza* (truffa al mezzo di falsa deposizione: codice Austriaco §. 197, 198 e 199) il fatto di uno che era comparso in faccia al tribunale assumendo il nome del proprio fratello accusato, e così rispondendo invece di lui allo interrogatorio. La Corte Suprema di giustizia in Vienna con decreto del 13 febbraio 1866 (*Eco dei Tribunali n.* 1631) opinò invece che in quel fatto non ricorressero i termini di falsa testimonianza, per la semplicissima ragione non avvertita dalla Procura di Stato, che lo imputato non era *testimone;* disse potersi in quel fatto riconoscere tutto al più un favoreggiamento, il quale però non era punibile atteso il vincolo esistente tra il fratello comparso ed il fratello veramente accusato. Nel linguaggio pratico quando l'individuo citato comparisce egli stesso, ma dandosi

un nome diverso dal vero si ha *falso per supposizione di nome*. Quando in vece del testimone citato ne comparisce un altro che assume il nome del primo dicesi *falso per supposizione di persona*. Ciò peraltro si limita a questo quando non vi si aggiunga falsità sostanziale nelle cose dette. Qui si rannoda la questione relativa a stabilire se sia conveniente deferire al testimone il giuramento *dopo* che ha declinato il suo nome cognome e qualità personali; o meglio *avanti*, cosicchè anche le dichiarazioni sulla propria persona facciano parte del corpo della deposizione. Su ciò è a vedersi La Cuisine *Justice criminelle pag.* 309.

§. 2678.

3.° Occorre inoltre che il falso siasi attestato *scientemente;* ed in ciò consiste lo *elemento intenzionale* del delitto. Qualunque errore o dimenticanza esclude il dolo in questo reato; e l'apprezzazione di codesto dolo dipende dalle circostanze; in una parola la falsità del deposto non deve cercarsi nella *proposizione* affermata dal testimone, ma nel rapporto fra quella *proposizione* e lo *stato di credenza* della mente del testimone. Sia vera o falsa *in sè medesima* quella proposizione, ciò poco importa. Essa può essere *vera*, e il testimone aver mentito quando egli l'affermò *ignorandola* o *credendola falsa:* e viceversa essa può essere *falsa* in sè stessa, e nonostante non emergerne falsa testimonianza quando il testimone l'asseveri *ritenendola vera*. Lo incorrere in una falsa credenza non è vizio di volontà: il solo falso di *espressione* costituisce il delitto, cioè che la espressione non corrisponda alla idea. Laonde può essere falso testimone anche chi attesti una cosa in *sè stessa* vera, quando falsamente narri di

averla veduta: il falso qui non consiste nel fatto; ma nel non essersi il fatto stesso veduto dal testimone (1). Alcuni codici (come il Sardo art. 369) fanno della *reticenza* un crimine distinto dalla falsa testimonianza (2): ma di ciò diremo tra poco.

(1) Trovo valutata come criterio misuratore la distinzione tra *falso assoluto*, e *falso relativo* nella sopracitata *Raccolta di Decisioni Modenesi vol.* 6, *decis.* 130, *pag.* 178. Il testimone che afferma un fatto *veramente accaduto* ma mentisce asserendo di averlo *veduto egli stesso* mentre nulla vide, è sostanzialmente verace ma *relativamente* falso in quanto vuol dare a credere come avvenuto il fatto *proprio* (*relativo* a sè) di aver veduto mentre nulla vide. Trovo qui analogia col falso documentale costruito per accertare un fatto vero; e poichè molti codici contemporanei (come a suo luogo vedremo) hanno in ciò riconosciuto una diminuente nel reato di falso, non havvi ragione per non ammetterla ancora nella falsa testimonianza.

(2) Gli Alemanni dissero *quasi falso* la reticenza del vero: Kind *quaestiones practicae vol.* 4, *pag.* 305.

§. 2679.

4.° Si esige per ultimo che la falsa testimonianza sia emessa *in danno altrui;* e questo costituisce il carattere *politico* del malefizio: giacchè non si punisce il mendacio, o lo spergiuro ma soltanto l'atto nocivo al diritto. Ma quando dicesi *danno altrui:*

a) non solo si intende il danno del *privato* che può non esservi neppure potenziale, dove (a modo di esempio) depongasi a favore di un reo che ha indennizzato l'offeso; ma anche il semplice danno della *giustizia.*

b) Non si esige il danno *effettivo* risultante da un giudizio erroneo pronunziato al seguito della falsa deposizione. Anche la falsa testimonianza si novera oggi fra i delitti *formali*. Anche nella falsa testimonianza si riproduce ciò che si è detto (§. 2635) in proposito della calunnia. Il delitto è consumato (1) quando è perfetta la falsa deposizione, quantunque non abbia influito sulla decisione della causa, purchè avesse la *potenza* d'influirvi.

(1) Blanche (*cinquième etude n.* 375) proponendosi la questione se il tentativo di falsa testimonianza sia *punibile*, premette la osservazione che se la falsa testimonianza fu ritrattata non vi è più delitto; ma se non fu ritrattata vi è sempre reato consumato: e questo è verissimo. Ma dopo tale osservazione passa a dire che dove in qualche *circostanza eccezionale* si verificasse un tentativo di falsa testimonianza essa sarebbe senza dubbio punibile, ma si astiene prudentemente dallo esemplificare quelle *circostanze eccezionali*, e veramente la questione non doveva porsi nei termini se il tentativo di falsa testimonianza sia *punibile* ma doveva piuttosto cercarsi se esso sia *possibile*. Ed io confesso che non mi riesce configurarne la ipotesi.

§. 2680.

Ma il danno *potenziale*, vale a dire una influenza almeno possibile sugli eventi del giudizio, bisogna che nella falsa deposizione vi sia. Questo è imperiosamente voluto dai principii della scienza. La più aperta falsità non è punibile benchè affermata da un testimone quando non aveva nessuna relazione possibile con lo argomento in disputa, e così nessuna attitudine a condurre la giustizia in errate decisioni.

§. 2681.

Ciò emerge da doppio principio: — 1.° dalla nozione fondamentale del giure punitivo, il quale non può ingerirsi nel sindacato del peccato o del vizio, ma solo dei fatti che hanno almeno la potenza di nuocere al diritto — 2.° dallo osservare che data la mancanza di ogni possibile influenza sull' esito del giudizio esula ogni ombra di dolo nel testimone, il qualo per suoi riguardi nasconde quella circostanza appunto perchè sa che la giustizia non può aver bisogno di conoscerla. Laonde io stimo essere un errore nel codice Toscano se all' art. 273 §. 2 punisce anche la falsa testimonianza che non *poteva influire* sulla decisione della causa. Evidentemente con ciò si esercita un rigore anche più severo di chi pretendosse punire le sole intenzioni malvagie; poichè nello intenzioni malvagie se manca il danno vi è almeno la pravità interna, e vi è un certo pericolo, mentre qui non vi è danno, non vi è pericolo, e vi è la coscienza di non far niente di male (1).

(1) Sta bene che alcuni pratici abbiano comunemente insegnato che la falsa testimonianza caduta *super accidentalibus mitius punitur:* Menochio *de arbitrariis lib.* 2, *cas.* 307; *et cas.* 312. Ma fra una testimonianza caduta *super accidentalibus* e una testimonianza caduta sopra circostanze che niente potevano influire sulle sorti del giudizio intercede palpabile diversità. Qui trattasi di circostanze *accessorie non influenti in causa;* e in ordine a queste è generale lo insegnamento che non possa il mendacio caduto sulle medesime punirsi come falsa testimonianza: Ancharano *cons.* 24 — Castrense *cons.* 157, *n.* 2 — Riminaldo *cons.* 1, *n.* 13;

et cons. 53, *n.* 5 — Socino *vol.* 1, *cons.* 103 — Covarruvio *in repetit. cap. quamvis, pars* 1, §. 8, *n.* 6, *col.* 3 — Rolando a Valle *cons.* 38, *n* 22 — Butrio *in cap.* 2, *de regulis juris* — Alessandro *cons.* 5, *n.* 10 — Bertazzolo *consultat. crim. lib.* 1, *cons.* 8, *n.* 20, 25 *et* 67 — Natta *consilium* 588 *per tot.* — Vulpello *cons.* 129, *n.* 11 *et* 12 — Cravetta *cons.* 755 *per tot.* — De Praetis *cons.* 82, *n.* 9 — Baldo *cons.* 244, *lib.* 1 — Gabriello *commun. conclus. de maleficiis lib.* 7, *conclus.* 5 *per tot.* — Menochius *de arbitrar. lib.* 2, *cas.* 306 — Scaccia *de judiciis lib.* 2, *cap.* 8, *n.* 52 — Farinaccio *cons.* 11, *n.* 31 — Carmignani *elem.* §. 790 — Claro §. *falsum n.* 9, *versic. item excusatur* — Harpprecht *institut. lib.* 4, *tit.* 18, *n.* 20 — Carpzovio *pars* 2, *quaest.* 95, *n.* 10 — Gramatico *decis. neapolit. decis.* 43, *n.* 4 — Melchiorri *del falso e dello spergiuro cap.* 2, §. 7. È a vedersi su tale argomento Morin *art.* 8504. Ma io credo che ad onta delle più effrenate disposizioni di un codice i principii della scienza possano fornir mezzo al giudice di evadere la irragionevole severità ricorrendo alla dottrina del dolo. Certa è la massima che a punire un testimone non basta che egli abbia alterato il vero nel suo deposto ma occorre che lo abbia fatto con *prava intenzione:* di questa verità fece splendida applicazione la Corte Suprema di giustizia in Vienna col suo giudicato 14 settembre 1858 inserito nell' *Eco dei Tribunali anno IX, pag.* 475. Ora è impossibile che il giudice si dichiari convinto del *dolo* quando fu mentito su circostanze che non *potevano influire* in causa. Pongasi che io stessi in una via ragionando con Tizio di affari miei delicati, forse un mio debito, forse cose riguardanti l' onore di mia figlia o di mia moglie: accadde là un omicidio ed io vidi: fui chiamato per teste, e narrai tutto minutamente e sinceramente, ed anche la occasione del mio vedere. Ma il giudice indiscreto vuol sapere ancora *di che parlassi* con Tizio. Alto là sig. giudice (io dico a me stesso) che v' interessa di ciò? Io non voglio far sapere che ho debiti o che

mia moglie è infedele: e rispondo, si ragionava di politica. È chiamato poi Tizio, e verificato il diverso argomento del nostro discorso. Ecco che secondo la lettera del codice Toscano io potrò esser punito per falso giuramento quantunque a monna giustizia nulla importasse sapere i fatti di casa mia. Ed ecco quello che a me non persuade. La *non influenza* in causa dovrà giustificarsi *in rei veritate* e non soltanto nel giudizio arbitrario del fidefaciente: si ammetta pur ciò. Ma quando la circostanza che a niente mia *non poteva influire* sta in fatto che mai non poteva influire sul processo, il mendacio si punisce contro tutti i principii di giustizia. La verità di questi principii ha avuto sanzione autorevole dalla Regia Corte di Appello sedente in Firenze nella sentenza proferita il 19 giugno 1869 assolutoria di *Adriano Tozzi*. Questi chiamato a deporre in causa correzionale avanti il tribunale di Livorno aveva detto la pura verità sulla sostanza del fatto; ma richiamato sovra la circostanza a lui personale di essere solito recarsi a giuocare in una certa bottega, aveva negato siffatta sua abitudine: almeno dal processo verbale appariva che avesse negato. Per spirito di vendetta fu data querela contro di lui per falsa testimonianza, ed a convincerlo di falsità si era provata la sua abitudine di recarsi a quel giuoco. Questo fatto totalmente estraneo ed indifferente ai fatti principali sui quali il *Tozzi* era stato esaminato si dichiarò dal tribunale di Livorno non influente in causa e si assolvette. Ma il Procuratore del Re ne appellò alla Corte Regia di Lucca, e l'appello virilmente sostenuto sulla generalità del principio che la non influenza non scusi, ebbe plauso dalla Regia Corte di Appello di Lucca, che condannò il *Tozzi* alla pena del carcere e danni verso il querelante parte civile. Si dovette allora tentare la Cassazione, e lo sperimento fu fortunato. Cassata la condennatoria Lucchese e rinviato il giudizio sullo Appello dell' assolutoria Livornese alla Regia Corte di Firenze, questa con la succitata sentenza respinse l' appello e confermò l' assoluzione. Quando il testimone pienamente imparziale ha detto tutta la verità su quanto

interessa il processo nel quale viene esaminato, come può trovarsi in lui il dolo del falso testimone se ha negato (sia pure mendacemente) di avere il vizio del giuoco? Anche Blanche (*cinquième etude n.* 557) mentre rigetta ogni distinzione fra il deposto di circostanze *principali* e deposto sopra circostanze *accessorie*, riconosce però l'altra distinzione fra circostanze *influenti* in causa, e circostanze *destituite di ogni possibile influenza;* ed insegna che il falso caduto nelle seconde non può esporre il testimone ad alcuna pena, confortando tale insegnamento sull'autorità della Corte di Cassazione 25 febbrajo 1836.

§. 2682.

Quando dicesi *testimone* in questa materia s'indicano eziandio i testimoni *periti* (1) pei quali pure corrono di pari passo le regole proprie di questo reato; salvo che sarà avverso loro difficile la prova del dolo per la elasticità delle regole della scienza od arte nella quale versano le loro deposizioni. È però da avvertirsi che appunto per tale differenza deve essere diversa la formula di giuramento del perito da quella del testimone; ed anzi porterebbe nullità se il perito si fosse fatto giurare con la formula del testimone e viceversa (2).

(1) Melchiori (*Del falso e dello spergiuro cap.* 5, *n.* 9, *pag.* 108) ha fatto la ipotesi di un perito che inviato dal giudice a rilevare il modello di una qualche località ne alteri maliziosamente le misure, le forme, o i confini. Non è dubbio che costui si renda falsario. Ma dove le leggi costituite facciano differenza fra la pena della falsa testimonianza e la pena del falso documentale, potrà disputarsi con grande interesse se quel perito siasi renduto colpevole dell'uno o dell'altro delitto. A me pare che la creazione di un docu-

mento falso debba sempre aversi come qualche cosa di più della falsa attestazione. Cosicchè se maggiore fosse la pena del falso testimone, la concorrenza di una falsità in documento non dovrebbe minorare quella pena: e se maggiore fosse quella del falso documentale non dovrebbe la medesima diminuirsi per lo ulteriore abuso della funzione di testimone.

(2) Fra i testimoni periti s' include evidentemente anche lo *interpetre* il quale essendo chiamato non a raccontare un fatto che sia avvenuto in presenza sua precedentemente al giudizio, ma unicamente a spiegare ciò che durante il giudizio risponde al giudice un testimone o l'accusato che parla in lingua straniera, o ciò che si contiene in un documento in lingua straniera vergato, non è per niente responsabile della verità o falsità intervenuta in quel deposto od in quel documento, ma soltanto risponde della sincerità della traduzione da lui presentata al tribunale. Che se maliziosamente per odio o favore di parte riferisca il senso di quello scritto o di quel detto in guisa contraria alla verità si rende colpevole di falsa testimonianza. Sulle speciali forme da adoperarsi circa gl' interpetri vedasi La Cuisine *Justice Criminelle pag.* 356 *et* 369. Le stesse regole procedono a riguardo dell' interpetre dato ad un sordomuto.

§. 2683.

Il *criterio misuratore* della quantità di questo delitto procede principalmente dal danno immediato, il quale qui si calcola anche nella sua potenzialità. Esso è maggiore se il danno è effettivo, minore se è potenziale: maggiore se si depose contro l' accusato, minore se a favor (1) suo: maggiore se è in giudizio criminale, minore se è in giudizio correzionale, o civile: maggiore se il deposto cadde sul fatto *principale*, minore se sopra circostanze *acces-*

sorie: maggiore se cadde sopra indizio prossimo, minore se sopra indizio remoto.

(1) La falsa testimonianza è senza dubbio un grande delitto; e la giustizia come la politica esigono sia severamente repressa. Malgrado ciò osservava rettamente Bossange (*des crimes et des peines capitales pag.* 94) che in questo reato incorrono spesso ancora gli onesti per effetto di una erronea coscienza. Ciò dipende (dice Bossange) da un giudizio che il testimone pretende formare sulla esorbitanza della pena minacciata al delitto intorno al quale è chiamato a deporre. Egli si tramuta in giudice: e trovando la pena per opinione sua soverchia ed ingiusta, crede fare opera buona e retta salvando l'accusato col tacere le circostanze che potrebbero aggravarlo. Questo avviene più spesso nei casi minacciati da pena capitale, dove il supplizio repugna alla pubblica opinione; e di qui nasce un ulteriore inconveniente della pena di morte che rende più facili le impunità. Ma in generale bisogna ricordare ciò che posi (§. 609) come principio cardinale: vale a dire che la pena affinchè riesca opportuna alla sua destinazione deve essere simpatica. Quando un sistema di penalità trova repugnanza nella pubblica opinione, le pene quantunque rigide minacciate contro i testimoni mendaci o reticenti saranno sempre inette a vincere quella repugnanza. Queste considerazioni, che possono condurre a mitezza i giudici verso i testimoni che deposero a pro dell'accusato (e gratuitamente) non militano a favore del testimone che depose ad offesa. Oltre la differenza morale fra caso e caso; oltre la differenza del danno (semplice nell'un caso e duplice nell'altro) evvi ancora una diversità intrinseca nei caratteri del reato. Altro è semplicemente deludere la giustizia, altro è farla sua schiava e convertirla in un cieco strumento di feroci vendette. Questa distinzione è concorde fra i pratici: Conciolo *resolutiones in tit. falsum, resol.* 13, *n.* 1. E sebbene sembrasse dubitarne Catalano

(*Tractatus criminalis n.* 45, *pag.* 322) l'accettò anch' esso al *n.* 323. Vi sono anzi delle legislazioni che omettono la punizione dei testimoni a difesa: vedasi Bonneville *améliorations des loix pénales vol.* 2, *pag.* 375. Singolare è il conflitto che trovasi nei pratici in proposito dei testimoni a difesa. Mentre gl' inquisitori si trasmisero il feroce broccardo *testes ad defensionem scribuntur sed non leguntur*, dall' altro lato i consulenti si consegnarono uno dopo l' altro la regola che i testimoni inabili (cioè eccezionabili) quando venivano chiamati a difesa *habiles fiunt;* e che *testibus duo pro negativa magis creditur, quam mille ad vindictam:* Alexandro *cons.* 119, *n.* 6, *vol.* 7; *et cons.* 5, *n.* 8, *vol.* 1 — Mascardo *de probationibus conclus.* 490, *n.* 6, *et* 7 — Persio *consil.* 2, *n.* 16. Esageraztoni entrambo, ma più assai deplorabile la prima che non la seconda, perchè distrugge ogni possibilità di difesa a danno degli onesti. Certo è però che per universale sentimento la falsa testimonianza a difesa si punisce più mitemente, in special modo quando è mossa da pietoso affetto e non da venalità.

§. 2684.

A questi criterii comunemente insegnati se ne aggiungono altri desunti dalla considerazione del danno mediato, il quale cresce per la sua diffondibilità e per la previsione di più facile rinnuovamento del malefizio. Si distingue (1) sotto questo punto di vista fra il testimone che depose il falso per denaro, ed il testimone che depose il falso per affetto o pietoso o nemico verso il giudicabile.

(1) A questo criterio obbedisce il codice Sardo rapporto ai soli subornatori all' art. 368; il codice Estense, art. 327. Lo valutano anche a carico del falso testimone e del subor-

natore il codice Napoletano, art. 191; il codice Spagnuolo art. 246; il Portoghese, art. 240; lo Jonico, art. 338; il Boliviano, art. 388. In Francia già era stato contemplato nel codice penale all' art. 364 anche a carico dei testimoni; ma la legge del 15 maggio 1863 gli ha dato efficacia anche sulla competenza, dichiarando semplice delitto la falsa testimonianza gratuita, e mantenendo nella categoria dei misfatti la falsa testimonianza prestata per mercede. Il codice Toscano non ne tien conto (art. 274) nè per gl' istigatori, nè per i testimoni.

§. 2685.

Ho detto di sopra essere criterio essenziale del reato di falsa testimonianza che la deposizione sia *completa*. Questa proposizione in genere non offre difficoltà: ma difficoltà e divergenze s' incontrano intorno al definire il momento in cui il deposto testimoniale possa dirsi completo per il fine di valutare la *ritrattazione* tempestiva, ó come circostanza che *escluda* ogni imputabilità o come circostanza che meramente *diminuisca* la imputazione.

§. 2686.

Vedemmo di sopra (§. 2635) in proposito della calunnia che la ritrattazione tempestiva (vale a dire emessa spontaneamente prima che sia proferita la condanna) si valuta per riguardi politici come diminuente; ma rimane sempre intatta la nozione del reato perfetto precedentemente consumato. Ciò non può essere altrimenti nella calunnia, perchè il fatto giuridico dello accusare si esaurisce per parte del mendace denunziatore con la regolare e definitiva

presentazione alla giustizia del mendace libello: perciò nella calunnia se vuole usarsi benigno riguardo alla ritrattazione nel determinare la pena, questo riguardo non può spingersi fino a mentire alla verità delle cose guardando come incoato il malefizio quando già era completo. La cosa è differente nella testimonianza: perchè il fatto giuridico del testimoniare non può dirsi completo col solo emettere di una proposizione prima che sia giunto il termine del deposto, e neppure col condurre a termine la deposizione quando vi è probabilità che il testimone possa essere richiamato a nuovi interrogatorii prima dello esaurimento del giudizio. Di qui la notevole differenza di effetti che corre fra la ritrattazione della calunnia e la ritrattazione della falsa testimonianza: la falsa denunzia una volta esibita e ratificata è un *fatto compiuto:* non sempre la testificazione è esaurita col cessare dello interrogatorio. Nelle antiche pratiche del processo scritto si chiudeva il verbale di interrogatorio con la formula, *avute* PER ORA *le quali cose abbiamo congedato il testimone;* e nel processo orale si ritiene il testimone dopo l'esame appunto nella previsione di ulteriori chiarimenti; e quando si richiami su questi non si rinnuova il suo giuramento anche in giorni successivi; e se per favore speciale alcuno si congeda, ciò si fa col monito che può essere richiamato. Ecco perchè le più successive deposizioni di un testimone nello *stesso processo* si considerano come una unità giuridica; e di qui i vari sistemi che (specialmente nel processo misto) possono preferirsi intorno alle ritrattazioni dei deposti testimoniali.

§. 2687.

I sistemi che possono propugnarsi sono tre — 1.° in una prima ipotesi può cercarsi se il testimone evada ogni politica imputabilità quando il falso affermato egli ritratti nella *stessa deposizione* nella quale lo emise. Incominciò a dir falso nel processo scritto, e già i suoi mendaci erano incartati quando per timore o sinderesi si disdisse; oppure già nel giudizio orale lo aveva il pubblico udito audacemente mentire, ma prima che si chiudesse il suo interrogatorio, egli per moniti o pentimento si ritrattò. Qui può affermarsi non esservi discordia appo i criminalisti: la ritrattazione immediata toglie ogni imputabilità della falsa assertiva tanto se lo emettere questa ed il revocarla avvenne nel processo scritto quanto se ciò avvenne nel processo orale.

§. 2688.

2.° La seconda ipotesi contempla il caso che la deposizione falsa e la ritrattazione siano avvenute (o nel processo scritto, o nel processo orale respettivamente) in due deposizioni separate per un intervallo di tempo. Il teste mentì dinanzi al giudice istruttore e persistè nel mendacio fino alla chiusura del suo verbale, ma richiamato dopo qualche giorno dallo stesso giudice, oppure spontaneamente tornato davanti a lui, revocò il falso deposto: o il falso depose nel processo orale ad un giorno di udienza e venne poi a ritrattarlo ad una udienza successiva sempre prima del termine del giudizio. Qui a tutto

rigore si avrebbe il fatto compiuto ed il delitto consumato. Pure, più per vedute politiche che per benignità, prevale la opinione che il deposto non si consideri come completo finchè non è chiuso il relativo processo nel quale intervenne. Il desiderio di facilitare lo scuoprimento del vero condusse quasi tutte le pratiche a guardare quel fatto come un tentativo di reato interrotto dal pentimento, ed esimerlo da ogni imputazione (1).

(1) La Cassazione di Francia nel suo decreto del 25 febbraio 1811 considerò come tentativo di falsa testimonianza la deposizione mendace incominciata ed interrotta da uno svenimento del testimone. Su questa configurazione vi sarebbe molto da dire. Se il testimone colpito dal malore tornò in sè stesso, perchè non si richiamò e non gli si dette balìa di ritrattarsi? Egli subì la pena del fortuito e della severità del giudice che non volle permettergli di completare la sua deposizione. Se al contrario ciò era impossibile perchè si era al termine del dibattimento, o l'affezione morbosa continuò, la deposizione falsa essendo ormai stata fatta doveva guardarsi come delitto consumato e non come tentativo. E se la deposizione si voleva guardare come non completa, il tentativo non era punibile, perchè la desistenza era spontanea. Ma si dirà che non è spontaneo lo svenirsi: ed io rispondo che con questa replica si dà la impunità al testimone che dimostri *aver finto* lo svenimento perchè egli è evidentemente un attentante che desiste spontaneo: ed invece si vuol punire il testimone al quale sorvenne una condizione morbosa: e può dirsi ancora che la causa di quel venir meno fu appunto la sinderesi ed il pentimento. In sostanza il fatto è che egli *desistè* dal consumare il delitto.

§. 2689.

Più speciosa e più controversa è la terza ipotesi che frequentemente occorre nel processo misto. Il teste depose il falso nella scritta procedura la quale si chiuse senza che egli si ritrattasse. Poscia richiamato al giudizio orale confessò di avere mentito e disse il vero. In questa ipotesi la pratica toscana non tenne conto della ritrattazione, e sottopose il teste che aveva mentito nella scritta procedura (nella quale quella pratica deferiva il giuramento ai testimoni) alle pene ordinarie. Fu questa una pratica buona? Io non lo credo. Potenti ragioni si recano innanzi a sostenere la opinione più severa — 1.° la considerazione *ontologica:* se può guardarsi come incoata e non compiuta la deposizione finchè il processo scritto o respettivamente il processo orale non erano chiusi, bisogna ritenere come completa la deposizione quando il processo scritto era compiuto — 2.° la considerazione del *danno potenziale*, che in molti casi può essere effettivo: la falsa deposizione dello scritto processo poteva (se dessa era a favore) procurare la liberazione del colpevole; e (se era a carico) poteva far nascere o confermare ordinanze di arresto o decreto d'invio; e forse in fatto produsse o l'una o l'altra di tali conseguenze — 3.° la considerazione del principio *giuridico* regolatore della teorica del pentimento nel tentativo: la ritrattazione in questa terza ipotesi non è tutta figlia del pentimento, ma vi ha parte il caso: fu un'accidentalità esteriore che il processo orale tenesse dietro al processo scritto; fu un'accidenta-

lità che il testimone venisse richiamato al giudizio orale; poteva anche non esserlo, e la circostanza importante da lui taciuta restare perpetuamente occulta, appunto perchè col dire di non saper niente mentre tutto sapeva dava apparenza d'inutile al suo richiamo — 4.° la veduta di non favorire le malizie; accettata la utilità della ritrattazione nel giudizio orale gli amici dello inquisito prenderanno coraggio a mentire per tentare di liberarlo; ed i suoi nemici prenderanno coraggio a mentire per recargli il male di una carcerazione e la onta di un pubblico giudizio: e gli uni e gli altri lo faranno senza pericolo, nella speranza di salvarsi all'orale giudizio con una ritrattazione quando veggano sè stessi in procinto di venire scoperti.

§. 2690.

Io non maschero tutte queste ragioni; e francamente confesso che sono potenti. Malgrado loro io sento repugnanza ad accettare il sistema severo per una considerazione che a loro si oppone, e che quantunque sola mi apparve nella mia pratica come gagliarda al di sopra delle altre. Questa io trovo nella natura e nelle ragioni di essere dell'orale giudizio. La ripetizione orale di tutto il processo, tanto dispendiosa allo Stato e faticosa alla magistratura, non ha già per solo suo intento quello di salvare gli accusati dalle frodi di uno istruttore maligno. Ha per suo scopo precipuo quello di provocare il confronto fra testimoni e testimoni; fra i testimoni e l'accusato; fra i testimoni ed il pubblico; onde facilitare per questi modi la scoperta

del vero, e vincere o gli equivoci, o l'audacia, o la repugnanza a deporre dei testimoni. È dunque altamente nello interesse pubblico, è inseparabile dal fine del processo orale che sia larga per quanto si può ai testimoni la via di correggere e completare quanto inesattamente o mendacemente o incompletamente abbiano detto nello scritto processo. Se al testimone chiamato al giudizio orale la legge dice ed il giudice ripete che sarà processato come falso testimone quando non ripeta alla lettera ciò che disse nella scritta procedura; se ogni piccola variazione su quella lo esporrà allo immediato arresto ed ai pericoli di un processo; diverrà inutile la ripetizione, ed il testimone confermerà tuttociò che si vuole che egli confermi pur di salvarsi da quel frangente. Abbia pure il giudice istruttore male inteso o peggio scritto: il testimone confermerà tutto a meno che non sia dotato di uno stoicismo e di una virtù eccezionale; e la oralità che si decanta come guarentigia del vero ad altro non servirà che a perpetuare la menzogna. Il problema è grave; ma nel conflitto di pericoli per ambo i lati io propendo per la opinione più mite (1).

(1) Sulla gravissima questione della punibilità del testimone per il falso deposto nella procedura scritta quando lo abbia ritrattato all'orale dibattimento, può vedersi La Cuisine *de la justice criminelle en Cour d'Assises pag.* 342. Ma più addentro se ne occupò l'accademia di Tolosa nella seduta del 16 novembre 1864, nella quale l'illustre Mollnier ebbe a leggere un suo resoconto relativo ad un manoscritto dell'Auzony inviato a quell'accademia, e che prendeva in esame la questione della punibilità del falso deposto

nel processo scritto. Auzony ammetteva che per le leggi di Francia il falso nella deposizione scritta non è punibile e che la giurisprudenza costante di quella nazione consacra tale principio. Ma lo scopo del suo scritto essendo appunto quello di insorgere contro siffatta regola, osservava i pericoli ai quali la medesima espone la giustizia e la famiglia: la giustizia, quando il falso deposto abbia procurato il rilascio di un colpevole; le famiglie, quando abbia procurato la carcerazione e l'invio a giudizio di un innocente. Molinier peraltro osservava non potersi impugnare che quelle false deposizioni presentino un fatto immorale e dannoso, ma nel *dominio del diritto positivo* (soggiunge il dotto giurista) *vi sono degli atti colpevoli in loro stessi che la legge deve astenersi dall' incriminare e punire, quando il castigo che essa prescriverebbe potrebbe avere delle conseguenze ancora più dannose dei fatti che si ha in mira di impedire.* Risalendo alle conferenze tenute d'ordine del Re per l'esame dell'ordinanza criminale dell'agosto 1670 ricorda che il presidente Lamoignon si era scagliato virilmente contro il progetto dell'art. 11 del tit. 15 che stabiliva la punibilità del testimone falso benchè si fosse ritrattato nel confronto con lo inquisito: ricorda che le critiche e le previsioni di Lamoignon non furono ascoltate, ma che la pratica successiva mostrò bene quanto quelle previsioni fossero giuste: e mostra che i redattori del codice penale del 1810 altro non fecero se non adottare la opinione del celebre presidente confermata da una lunga esperienza. È verissimo (egli conclude) che tutti i cittadini hanno interesse che il timore di una pena trattenga i loro nemici dal deporre falsamente in loro pregiudizio in una scritta procedura e dallo esporli alle molestie di un giudizio criminale: ma essi hanno anche maggiore interesse affinchè il timore di una pena irreparabilmente incorsa non trattenga il testimone dal ritrattare le mendaci incolpazioni. L'interesse di non essere condannato è maggiore di quello di non essere accusato. Questa conclusione del mio illustre amico e collega è decisiva. Se

vi è questione nel giure penale che debba sciogliersi con una veduta empirica, tale per certo è la presente. Quello che ho qui detto procede (avvertasi bene) nel caso *misto*, quando cioè il testimone che depose il falso nello scritto processo siasi tempestivamente ritrattato all'orale dibattimento. Ma *quid juris* nel caso *semplice?* Quando l'orale dibattimento non ebbe luogo, e così il testimone non potè ritrattarsi, rimarrà egli punibile per la deposizione falsa emersa dalla *scritta procedura?* Qualunque sia stata la causa per la quale non ebbe luogo il giudizio orale (fosse un decreto di non luogo, o la prescrizione, o la morte dell'imputato) la soluzione del quesito deve essere la identica. Tale quesito presentatosi fra noi dopo essere stato risoluto da due tribunali inferiori nel senso della *non punibilità*, fu sciolto nell'opposto senso della *punibilità* dalla Corte di Cassazione di Napoli con decreto del 3 luglio 1872: *Annali di Giurisprudenza Italiana VI*, 1, 2, 198. Le Corte Suprema argomentò la sua opinione sopra ragioni di diritto positivo. Ma anche considerato il problema in faccia alla scienza io lo scioglierei nel senso della *punibilità*, e ciò tanto per le osservazioni che faccio al §. 2691 quanto perchè scioglierlo in opposto senso varrebbe assicurare la impunità a tutti i testimoni che nella scritta procedura depongono il falso, *a favore* dell'imputato. Infatti, o il testimone falso sarebbe creduto, e procurando al suo protetto una dichiarazione di non luogo avrebbe guarentito la impunità del suo delitto col procacciare appunto lo effetto criminoso desiderato; o il testimone non fu creduto, ed allora naturalmente ha luogo l'invio; e l'invio provocando il giudizio orale pone per espresso provvedimento di legge in balìa del testimone procacciarsi la impunità ritrattando il deposto scritto. Bisogna dunque considerare il falso nel deposto scritto come un reato ormai *consumato*, e nel benefizio attribuito alla ritrattazione nel giudizio orale ravvisare una eccezione specialissima, motivata da considerazioni di utilità, al principio generale della irredimibilità della pena.

§. 2691.

La regola che la ritrattazione del testimone eseguita da lui prima della chiusura del dibattimento lo esonera da ogni pena, diede occasione a dei dubbi quando il giudice dinanzi al quale si faceva il giudizio, anzichè procedere oltre fino al termine del medesimo lo arrestò, ed a cagione del sospetto in lui nato contro il teste sospese il giudizio per dar luogo ad una più ampia informazione in ordine alla falsità. Allora fu detto che la legge accordava ai testimoni un benefizio del quale il giudice non poteva privarli: che essi avrebbero potuto ritrattare il falso deposto ed esimersi da ogni pena, e che il giudice non aveva potuto privarli di tale eventualità. Con ciò si voleva giungere alla conclusione che la ritrattazione *possibile* equivalesse alla ritrattazione *realmente avvenuta*. Ciò non mi pare che in buona logica corra. La ritrattazione è una *condizione* alla quale la legge subordina la sua promessa d' impunità, e perciò deve subire i principii generali che regolano la dottrina delle condizioni dipendenti da un fatto; vale a dire che la condizione non può dirsi verificata per la sua mera possibilità (1). Ma quando si giudicasse per quest' ordine d' idee nel senso più rigoroso, non mi parrebbe potesse obiettarsi la falsa testimonianza *consumata*, ma soltanto il suo *tentativo*. Io contemplo la regola della ritrattazione come un precetto che si sostanzia nella formula, il *reato di falsa testimonianza* si consuma con la chiusura del dibattimento. Se questo concetto è vero, come a me sembra verissimo, tutte le false depo-

sizioni che si emettono alla udienza non possono punirsi fino alla chiusura che come tentativi. Anche accettato questo punto di vista può peraltro nella suddetta ipotesi replicarsi che il decreto di *sospensione* del giudizio principale emesso in presenza del falso teste equivale, rispetto a lui, alla *chiusura* definitiva, e converte il tentativo in fatto compiuto. Ma veramente vi è iperbole nello adeguare una *sospensione* ad una chiusura definitiva. Vedasi Morin *art. 8871* (2).

(1) La questione della ritrattazione secondo il moderno diritto francese si svolge latamente in tutte le sue ipotesi da Blanche *cinquième etude sur le code pénal n.* 396. È singolare che i francesi hanno valutato ancora la ritrattazione implicita: Morin *art.* 9341. Ma in generale può osservarsi che la dottrina dell' *implicito* assume in Francia uno svolgimento speciale. Là si è concepito ancora la formula dell' abuso di autorità implicito. Eccone un esempio. Un sindaco che andò a caccia in tempo di divieto fu punito per abuso di autorità implicito. Perchè ciò? Perchè essendo dovere di suo uffizio di impedire e perseguitare le trasgressioni di caccia egli aveva abusato della propria autorità *permettendo a sè stesso* la caccia indebita. Questa parrebbe una facezia se non l'avesse sanzionata la Corte di Digione: Morin *art.* 9272. Ogni pubblico ufficiale che delinque può col suo esempio incoraggire altri ad imitarlo. Ma non vi è *abuso di uffizio* quando l' uffizio non ha *servito di mezzo* a delinquere quantunque abbia fornito ragione di sperare la impunità. Altrimenti non vi sarebbe delitto di pubblico ufficiale che non avesse implicito l' abuso di autorità.

(2) Un grave dissidio fra i giuristi italiani è sorto in questi ultimi tempi sul punto di sapere *se al testimone mendace giovi la sua ritrattazione quando questa emetta dopo che il giudizio orale era stato per qualsivoglia causa riman-*

dato. La suprema Corte di Palermo ha sostenuto tenacemente la negativa. Ma invece si erano pronunziate per l'affermativa le Corti di Napoli Messina e Catania (lodate in ciò da molti giornali giuridici) e specialmente questa ultima nella sentenza del 18 decembre 1871 (*Giurisprudenza di Catania anno* 2, *n.* 1). Ma anche la Corte di Messina, sezione di accusa, sembra aver mutato opinione; e certamente l'ha mutata la Corte di Catania nel giudicato del 31 gennajo 1873 relatore Gallo in causa P. M. contro Trimarchi (*Giurisprudenza di Catania anno* 3, *pag.* 31) con una sentenza elaboratissima. Pure lo illustre Faranda in apposita dissertazione, pubblicata nella *Temi Zanclea anno* 3, *n.* 16 *e segg.*; ha persistito a sostenere che quando il Codice penale ha promesso la impunità al testimone che dopo aver mentito siasi ritrattato *nella orale discussione e prima che sia dichiarato chiuso il dibattimento*, è un arbitrio intollerabile negargli tale impunità, quantunque si ritratti dopo che *il dibattimento* fu per qualunque causa *rinviato*. Questo argomento adattato ad una legge non di *rito* ma *penale*, è decisivo. Al fine di punire non può dirsi *senza arbitrio* che un dibattimento *rinviato*, è un dibattimento *chiuso*. Osserva di più Faranda, con la sua solita acutezza, che la ragione di tale impunità sta nella distinzione fra delitto *consumato* e delitto *perfetto*. I delitti formali (o tale dicesi la falsa testimonianza) possono essere *consumati* e non *perfetti*. Sono *consumati* quando l'azione subiettiva ha già prodotto la lesione del diritto (pubblica giustizia) che costituisce la oggettività giuridica del reato: emessa la falsa deposizione il delitto è *consumato*. Ma non sono *perfetti* finchè non è avvenuto il *danno* (condanna di innocente o assoluzione di colpevole) al quale tendeva il reato. Ora le leggi per veduta di pubblico ordine ammettono in qualche caso la cessazione della pena per un fatto del colpevole che dopo *consumato* il delitto venga spontaneo ad impedirne la *perfezione*, come appunto fa il testimone che dopo avere *consumato* la falsità viene ad impedirne la *perfezione* ritrattando; e così restituendo in piena luce la verità. La legge non

scrimina, perchè *scriminare* a delitto consumato è impossibile ed assurdo. Ma *toglie la pena* per allettare con ciò alla ritrattazione, e facilitare il trionfo del vero. Dunque finchè è possibile che mediante una ritrattazione si impedisca la *perfezione* del reato deve essere nella falsa testimonianza utile al colpevole lo impedimento che egli vi ha opposto. Ma in un dibattimento *rinviato* tale impedimento è sempre possibile finchè non sia *chiuso*. Dunque il benefizio della legge deve rimanere fermo. Altrimenti la legge avrebbe obbedito e non obbedito al tempo stesso alla sua ragione motrice! Avrebbe agito a capriccio, ed avrebbe contradetto le sue vedute! Lo che non può ammettersi. Questa argomentazione viene poi confortando lo esimio giurista con una accurata e minutissima analisi di altre molte disposizioni dei codici veglianti. L' argomentazione di Faranda, a senso mio, è molto stringente. Se una impunità vi deve essere pel falso testimone che ritratta, e questo sconcio si deve tollerare in vista del beneficio di liberare la giustizia da ogni sospetto di errore, vuole ragione che la impunità si accordi finchè la ritrattazione può essere operativa di quel beneficio. La logica non transige. Malgrado ciò la tesi di Faranda non può accettarsi in senso *assoluto* quando si applica alla lettera del nostro articolo 372. E perchè ciò? Per la solita dolorosa ragione del vizioso modo di disporre delle nostre leggi penali. I più eletti ingegni d' Italia si sono stancati su questa questione. Giuristi eminenti; Corti di Napoli, di Messina, di Catania e di Palermo; e sono andati per opposte vie a causa della infelice locuzione dell' art. 372 del codice penale Sardo, il quale nella sua seconda parte contemplando la falsità nei giudizi orali promette la impunità al falso testimone purchè si ritratti *prima che sia* DICHIARATO CHIUSO *il dibattimento*. Da questa ultima formula viziosissima nasce tutta la perplessità. Cento volte l' ho detto, e cento volte io ripeterò finchè vivo. Le formule *materiali* sono in una legge penale perpetuamente viziose e pericolose. Quale era *il concetto* al quale nella scienza e nelle legislazioni si ispirava questo perdono di un delitto ormai consu-

mato? Era nitido, assoluto e incriticabile questo concetto, e stava in una compensazione di benefizi. Supremo fine e sommo bene del giudizio penale è il trionfo della verità. A questo fine si sacrifichi il rigore giuridico che vorrebbe la pena, e alla esemplarità e vantaggio politico della pena sia equivalente la esemplarità e il vantaggio politico della ritrattazione. Ecco evidente lo spirito dell' art. 372. Il teste che mentì nella procedura scritta ha ormai prodotto un *danno*. Il suo delitto oltre ad essere consumato può essere in parte ancora *perfetto*, perchè può avere già cagionato *effetti dannosi* (arresti, scarcerazioni, e simili). Ma pure è sempre suscettibile di perfezione ulteriore, perchè *ulteriori danni* può produrre la perseveranza del falso teste. Dunque (prima parte dell' art. 372) alla *semiperfezione* si *diminuisca* la pena (ma non si tolga) quando la ritrattazione del teste impedisca la *perfezione successiva*. Ma nel falso di una deposizione al giudizio orale non vi è *perfezione* alcuna se il teste ritratta prima che il giudizio si compia. Dunque (seconda parte dell' articolo) qui la pena si tolga affatto. Lo spirito era chiaro. In una parola *utile per utile:* ecco la idea di questa teorica. Ma i nostri legislatori caddero nel solito vizio, di non ridurre a precetto legislativo il concetto loro con formula che designasse nettamente la *idea*. Anche qui subirono il fascino delle *materialità*, ed espressero le condizioni della impunità con formula *materiale*. Essi dissero sia impunito purchè ritratti *prima che sia* DICHIARATO CHIUSO *il dibattimento*. Così spostarono affatto il pensiero al quale inspiravasi la impunità: e la sua condizione vennero a porre nel fatto *materiale* del Presidente che dichiara la chiusura; quasichè la ragione del punire non dipendesse dal *cessare l' utilità* della ritrattazione, ma dal pronunziare quella formula sacramentale il *dibattimento è chiuso*. Avvenne così quello che avviene perpetuamente quando la legge sostituisce alla designazione di una *idea*, la designazione di una *materialità*. Finchè la *idea e la materialità* corrono unite, la legge par buona, e nessuno si avvede dei suoi pericoli. Ma i fatti

materiali subiscono infinite varietà e trasformazioni non prevedibili dal legislatori: ed allora avviene che la *materialità* trasformata non più si trova a contatto con la *idea*. Di qui il conflitto fra lo *spirito* e la *lettera* della legge; di qui gli eterni dispareri dei giuristi, che gli uni obbediscono a quello, mentre gli altri aderiscono a questa. Voi voleste esprimere la condizione della impunità con un fatto *materiale*, *dichiarazione di chiusura*. Ebbene coglietene i frutti. Voi credeste che *prima della dichiarazione di chiusura* la ritrattazione fosse *sempre utile* alla giustizia, e dicendo quello vi parve dir questo. Ma il fatto vi scivola dalle mani per una sua trasformazione. Ecco il caso ultimo di Catania. *Trimarchi* mente al giudizio orale per favore di *Saitta*; il dibattimento è sospeso; intanto *Saitta* muore e così diviene impossibile che mai un Presidente *dichiari chiuso* il dibattimento Saitta. Ed ecco *Trimarchi* che insiste sulla lettera dell' art. 372, e si oppone alla propria condanna perchè la legge gli fa diritto alla impunità ritrattandosi *prima che si dichiari chiuso* il dibattimento. Ed ecco la Corte che non sa chinare la fronte a questo assunto temerario ed assurdo, e trovasi costretta a deflettere dalla lettera della legge e dalle massime già da lei stabilite, mentre dall' altro lato i giuristi sostengono che la legge deve subire la necessità che ella medesima si è fatta: e poichè essa ha promesso di non punire il falso teste finchè non sia *dichiarato chiuso il dibattimento*, dicono che essa deve aspettare questo fatto, e che ingiustamente punisce chi punisce prima che siasi avverata la *condizione* alla quale la legge aveva tassativamente subordinata la pena. La tesi di Faranda (ripeto dunque) è strettamente logica applicata alla lettera dell' art. 372, ma essa talvolta può condurre allo assurdo per la viziosa redazione di quest' articolo: assurdo evidente e palpabile quando porta ad adattare la impunità concessa in vista di un utile anche ai casi nei quali l' *utile sperato* è divenuto *impossibile*. Tutte le volte che cessata la speranza di *utilità* nella ritrattazione cessi la *ragione* del perdonare, come cessava nel caso *Trimarchi* giudicato in

Catania, la stessa logica obbligava i giudici a conculcare la lettera della legge per obbedirne lo spirito e negare l' impunità. La falsa deposizione di *Trimarchi* aveva prodotto l' effetto voluto di impedire la condanna di *Saitta*, il quale mercè di quella era morto in stato di innocenza: e malgrado ciò, stando alla lettera dell' art. 372, si sarebbe dovuto assolvere quel falsario perchè mancava il fatto *materiale* della *chiusura*. In questa situazione fu necessità pei giudicanti di porsi dietro le spalle le concludentissime argomentazioni di Faranda sulla lettera, e conculcare la lettera stessa, pronunziando condanna dove la *condizione* letteralmente richiesta dalla legge alla condanna *(dichiarazione di chiusura)* non erasi verificata. Il rigido legista riprova il sistema accolto dai giudicanti: i pratici tollerano la violazione della lettera per risparmiare la impunità di un delitto compiuto e coronato dal raggiungimento del fine. Ecco il conflitto, unica causa del quale è la viziosa redazione della legge. Crollino la testa a piacimento loro li increduli. Ma la esperienza mostrerà perpetuamente che le definizioni *materiali* sono viziose e pericolose; e che studiate a fondo le fluttuanze della Giurisprudenza trovano sempre la loro causa in un vizio di formula legislativa: e quasi sempre in questo andazzo funesto di preferire al *concetto razionale*, che è sempre vero, un concetto materiale che troppo spesso per lo infinito mutamento dei fatti non risponde nè alla ragione movente, nè al fine voluto dal legislatore.

§. 2692.

La teorica del *grado* (1) nella falsa testimonianza non presenta specialità tranne sotto il punto di vista della pressione psicologica che certe eccezionali situazioni possono avere esercitato sul testimone. Io non parlo del complice incognito che siasi esaminato in un processo come testimone, ed abbia mentito

per non tradire sè stesso: non parlo del figlio, del coniuge, o del fratello che siasi voluto esaminare come testimone contro il padre, contro il coniuge o contro il fratello. In ambo questi casi ho già detto (§. 2669, e 2670) che lo esame formale è un atto *illegittimo*, e la funzione di testimone che la ignoranza o l'arbitrio di un giudice abbia voluto imporre a costoro non li rende veri testimoni in faccia alla legge per fine di punirli dei mendaci o delle reticenze in cui siano caduti per la tema del pericolo in cui versavano quei loro stretti congiunti od essi medesimi. Questa dottrina ho sostenuto più volte in faccia ai tribunali anche prima della pubblicazione del codice Toscano (2) e sempre con fortuna, perchè la legge di natura è più eloquente di tutte le leggi. Ma qui alludo soltanto a quel grado di parentela (3) intercedente fra il testimone ed un accusato, la quale per la legge civile non basta ad esonerare il cittadino dall'obbligo di testificare anche a danno del proprio congiunto.

(1) Scuse speciali per la falsa testimonianza investigarono i pratici: Capycelatro *decisiones vol.* 2, *decis.* 172 — Giurba *consilia criminalia cons.* 71. Fra le escusanti di una falsa testimonianza fatta a pro dell'accusato deve pure ammettersi il timore che abbia ragionevolmente concepito per minaccie a lui fatte di grave male per parte dell'accusato stesso o della sua famiglia. Per quanto sia impossibile trovare in tale ipotesi i termini di una coazione perfettamente scriminatrice (§. 302) per mancanza dello estremo della *inevitabilità* del male, ciò nonostante un riguardo benigno si deve usare. Potrebbero però ricorrere tutti gli estremi della coazione quando la intimidazione del testimone dell'accusa fosse partita dall'istesso giudice istruente: la im-

minenza ed inevitabilità del carcere minacciato per simile contegno, costituente (come notammo a §. 2513) un vero abuso di autorità, sarebbero esclusivi di ogni dolo nel falso testimone quando anche si provasse che egli per evitare la imminente carcerazione si arrese a dire cosa che non sapeva.

(2) Il codice Toscano ha dato solenne sanzione a questa dottrina con la splendida formula dell'art. 275, §. 1 — ivi — *il testimone falso va immune da ogni pena, se avrebbe potuto essendo verace suscitare una querela criminale contro di sè o contro un suo consanguineo od affine in linea retta fino a qualunque grado, od in linea collaterale dentro il secondo grado inclusive, o contro il suo coniuge.* Ma la filosofia delle nostre Corti aveva precorso la legge in questa dottrina. Oltre il caso che ho ricordato ed i molti che potrei indicare, è notevole il giudicato della Corte Regia di Lucca contro *Anna Sarti nei Ciangherotti.* Costei si era voluta esaminare nel processo di tentato uxoricidio istruito contro il di lei marito. La vittima dello attentato aveva generosamente negato il vero per salvare il proprio marito, e l'Uffizio l'aveva tradotta alla Corte come rea di falsa testimonianza. Non mi costò gran fatica ottenerne l'assoluzione, malgrado la specialità che si trattasse di un *offeso,* l'esame del quale era permesso dalle nostre pratiche ad onta della qualità di coniuge o di ascendente.

(3) Sembra che due recenti giudicati abbiano stabilito che la parentela *impeditiva* dell'esame nasca dal matrimonio *civile* e non nasca dal solo matrimonio ecclesiastico. Queste sarebbero la sentenza *Bragotti* e *Ghiori* del 13 novembre 1872, e la sentenza *Vannocci* del 1873, che trovo citate in nota a *pag.* 52 del libro pubblicato testè a Firenze coi tipi Niccolai dallo illustre Consigliere Paoli sotto il titolo di *studi di Giurisprudenza italiana comparata.* Ma se la parentela nascente da vincolo ecclesiastico non genera l'effetto *civile* dello *impedimento all' esame,* dovrebbe pur sempre, a mio credere, nascerne il duplice effetto morale — 1.° della *eccezionabilità* del teste — 2.° della *minorante* a

suo favore in caso di falsa testimonianza. Queste due proposizioni mi sembrano evidenti ed incontrastabili.

§. 2693.

Esiste presso alcuni moralisti di larghe teorie la opinione che qualsisia grado di parentela anche trasversale remota, esoneri dall'obbligo di dire il vero in giustizia quando corre pericolo il proprio congiunto. Siffatta opinione si è inculcata e radicata nelle illuse coscienze degli abitanti delle nostre campagne; ed io n' ebbi frequentissime riprove nelle mie pratiche. Potrà ella una tale opinione fornire una degradante nella imputazione del falso testimone che versando in simili circostanze fu da quella credenza indotto a mentire? Io penso recisamente che no. La imputazione politica non si misura alla stregua della morale; e quando anche il testimone giustifichi di essere stato ingannato dal proprio teologo, ciò che varrà ad esonerarlo dal peccato non varrà ad esonerarlo dal delitto, perchè chiamato egli a compiere un dovere civile doveva uniformare la sua condotta alla legge civile, e non ad altre leggi. La buona fede di costui sarebbe affettata. In sostanza egli dedurrebbe lo errore di diritto relativo alla colpabilità della propria azione, e niente subordinato ad un errore di fatto. Se vuolsi dunque concedere sotto questo punto di vista una leggiera minorante, si faccia in obbedienza ai principii generali, vale a dire in ragione dello *affetto*, e non della parentela. E così si estenda all' amico che ebbe particolari affezioni verso l' accusato, e si neghi al congiunto che viveva estraneo da lui.

§. 2694.

Le penalità della falsa testimonianza ho già detto che furono esorbitanti (1) finchè nella medesima si contemplò lo spergiuro ed il sacrilegio come criterio predominante. Spogliato questo delitto da ogni considerazione religiosa si condussero le legislazioni più illuminate a parificare (2) nella pena tanto il testimone che avesse giurato quanto quello che non avesse giurato: e nel tempo stesso le pene si ridussero a maggiore mitezza. Guardato l' obiettivo di questo reato nella offesa alla pubblica giustizia, la sua pena si proporzionò al danno che la falsa deposizione aveva recato o potuto recare alla medesima: e furono norma universalmente ricevuta nella gradazione della pena i criterii misuratori che più in alto (§. 2683) ho accennato. Quindi la falsa testimonianza a danno dell' accusato si punì con la regola della calunnia: e quella a favore dello accusato, e quella emessa in un giudizio civile si punirono con pene restrittive temporariamente della libertà, più o meno elevate secondo la importanza del giudizio e della deposizione. Così la pena del falso testimone può salire secondo il codice Toscano fino alla morte (art. 269 o 273, §. 1) e scendere fino a due mesi di carcere (art. 272, 273, §. 2, tit. 6) e secondo il codice Sardo può salire a venti anni di galera (art. 365) e scendere fino a sei mesi di carcere. Più minuziosa distribuzione di castighi dettava il codice Gregoriano: vedasi G i u l i a n i *Istituzioni di diritto criminale vol. 2, pag. 167.*

(1) Sulle pene Greche contro la falsa testimonianza, vedi Meursio *Themis Attica cap.* 33, *lib.* 2. Per le dodici tavole sembra che i falsi testimoni si precipitassero dalla rocca Tarpea: Gellio *noctes Atticæ cap.* 20, *lib.* 1. Poi nei giudizi capitali furono giudicati con la legge Cornelia *de sicariis:* Sanlo *in leg. Corn. de sic. introductio* §. 6, *pag.* 25 — Gregorio *syntagma jur. univ. lib.* 50, *cap.* 10. Latamente delle pene Romane contro i falsi testimoni discorse Modestinus Pistor *quaestionum illustrium pars* 6, *quaest.* 141. Il falso testimone fu punito di morte per le antiche leggi portoghesi (*Ordinanze lib.* 5, *tit.* 54 *in princ.* — Mellius *institutionum juris criminalis Lusitani tit.* 2, §. 19) se fatta nei giudizi capitali; e con la deportazione perpetua se in altri giudizii. Fu generale negli antichi statuti la minaccia di morte contro il falso testimone. Ma la pratica venne anche qui modificando il rigore delle leggi, ed invalse la regola che al falso testimone non mai dovesse irrogarsi la pena di morte tranne quando la sua falsa deposizione fosse stata effettivamente causa di morte: Ludovico *decisiones Lucenses, decis.* 15 — Grivelli *decisiones Dolanae, decis.* 101, *n.* 11. L'antico statuto di Lucca del 1308 (*lib.* 3, *cap.* 102, *pag.* 205) minacciava contro il falso testimone il taglio della mano e la confisca dei beni, ma ordinava che chi fosse arrestato per sospetto di falsa testimonianza non potesse tenersi prigione più di otto giorni, decorsi i quali se non si era ottenuta la prova del falso doveva rimettersi in libertà il testimone sotto cauzione di comparire ad ogni nuovo richiamo. Ecco la umanità in mezzo alla barbarie!

(2) La circostanza del non prestato giuramento se è ritenuta come indifferente alla punibilità, si valuta però da alcuni codici come diminuente la pena. Il codice Sardo all' art. 373, ed altri (come il Napoletano art. 195) distinguono nella *pena* fra deposto giurato e non giurato.

§. 2695.

Ma il codice Sardo ha una distinzione meritevole di osservazione; voglio dire la distinzione tra *falsa testimonianza* e *reticenza*. Mentre il codice Toscano contempla chi *afferma* il falso e chi *nega* il vero, equiparando, come è naturale, le due ipotesi; il codice Sardo fa due casi differenti di *chi allega* (sic) *fatti falsi o false circostanze*, e di *chi tace in tutto od in parte ciò che sa intorno ai fatti sui quali viene interrogato*. Al primo fatto nella pratica piemontese si dà il nome di falsa testimonianza, al secondo quello di *reticenza*. La formula *tacere* non equivale sicuramente alla formula *negare*, perchè chi nega parla e non tace. La condizione pertanto del codice Sardo, che resulta dalla formula *su cui viene interrogato*, bisogna riferirla ad un interrogatorio generico senza contestazione di circostanza speciale che costringa il testimone a rispondere *non è*, o *non lo so*, mentre essa è ed egli la sa. Lo che porta a concludere che la ipotesi della reticenza (1) suppone per necessità che il testimone *non sia stato interrogato* sulla circostanza che gli si appone di avere maliziosamente taciuto. Ma come si farà egli a constatare il dolo di tale reticenza ed escludere una distrazione, una dimenticanza, o una scusabile opinione della irrilevanza della cosa taciuta? Oltre a ciò come potrà ella constatarsi tale reticenza col sistema informe dei novelli processi verbali, ove non si scrive più la interrogazione diretta al testimone, ma tutto si esaurisce dalla pigrizia del cancelliere col notare che fu *opportunamente interrogato?* Se

ebbe luogo una speciale contestazione ed a questa tenne dietro la negazione del testimone, è evidente che sfuggono i termini della semplice reticenza. Ma lasciamo di questo, e supponiamo che giunga a provarsi la maliziosa reticenza, e ad escludere ogni dubbio sul dolo e sulla volontà d'ingannare nel testimone, il quale abbia profittato della mancanza d'interrogazione per tenere in sè quello che forse avrebbe detto se vi fosse stato interrogato. Io dimando se in tale ipotesi (supposta possibile) sia giusto di fare nella punizione quella immensa differenziale che ha fatto tra caso e caso il codice Sardo. Io dimando se sia giusto non ripetere in ordine alla reticenza quell'aumento di pena che lo stesso codice detta contro la falsa testimonianza quando fu emessa in danno dell'accusato. Che forse non può pregiudicarsi ad un accusato con una reticenza? Chi affermando di aver veduto Tizio vibrare a Sejo il colpo mortale, occulta per odio contro il primo di aver veduto Sejo aggredire Tizio e stringerlo d'appresso con mano armata, nasconde un vero che avrebbe potuto far dichiarare innocente l'accusato e lo spinge in galera. Qui evidentemente la legge Sarda ha usato una transazione: ha voluto introdurre questo nuovo titolo di *reticenza*, e gli ha fatto il passaporto con una mitezza, la quale (supposta la imputabilità giustificata) non ha ragione di essere. A me dunque sembra preferibile per la semplicità del concetto e per la nitidezza della espressione la formula toscana.

(1) La ipotesi della reticenza fu esaminata e variamente specializzata dai pratici: e questa materia divenne nelle mani

loro una selva di distinzioni e suddistinzioni. Alcuni dissero reticente il teste che rendevasi latitante: altri quello che si ritirava dal cospetto del giudice senza rispondere: altri quello che per sotterfugii evadeva una congrua risposta. Alcuni vi ravvisarono una frode e non un falso: e il Bossio (*tit. de falsis n.* 139 *ad* 142) pretese applicarvi il titolo di stellionato. I canonisti dissertarono per largo sulla imputabilità della reticenza. Il Butrio fu autore di una distinzione combattuta dall' Imola, e con varia vicenda accolta e reietta; la quale consisteva nel vedere se il testimone aveva meramente giurato di dire la verità su quanto veniva interrogato; oppure se aveva giurato di dire tutta la verità. Distinzioni sottili che creano una casuistica artificiale, a cui non sempre corrisponde la intelligenza o la malizia del testimone. Si possono consultare su ciò Covarruvio *variarum resolutionum lib.* 1, *cap.* 2, *n.* 3; e Cantera *quaestiones criminales cap.* 8, *n.* 44: ma il meglio che possa fare la scienza moderna in simili ginepraì è di torne via la occasione.

§. 2696.

Ma il concetto della *reticenza* (1) come figura di reato punibile a similitudine del mendace deposto, pare alla mia tenuità uno assurdo logico. Io credo assolutamente impossibile che qualunque uomo possa narrare e descrivere un fatto senza ometterne una qualche circostanza. Si mediti sopra ciò, e ci persuaderemo dello impossibile che io affermo. Il testimone avrà scrupolosamente riferito i più minuti atti che vide fare a Sejo in una data occasione. Ma non ha detto se aveva o no scarpe in piedi; se aveva o no giubba in dosso; se aveva berretto o cappello; se presso lui vi era anche Mevio; se in quel momento splendeva o no il sole; se in pros-

simità del luogo dove il fatto accadeva trovavasi si o no un albero, e quale. Si vada per mille esemplificazioni, e bisognerà concordare che non può esservi narrazione nella quale non si trovi una reticenza. Ora se avviene che per le condizioni speciali del processo al giudice apparisca importante lo aver saputo che Sejo era senza scarpe o con giubba nera, od altro simile, egli avrà dalla legge fondata ragione di contestare al testimone che fu reticente. Il *materiale* della reticenza è dunque in tutte le deposizioni, ed è impossibile farne una che non ne abbia. Sicchè il pericolo del testimone è costante e continuo. Tutto dipende da due eventualità. 1.° La eventualità che la circostanza, o della giubba, o del sole, o dell' albero, assuma nel corso del processo una importanza non calcolata dal testimone e forse in principio neppure dal giudice — 2.° che il giudice sospetti quella reticenza essere maliziosa. Così la questione viene ad essere tutta *intenzionale*, e per conseguenza posta nell' arbitrio del giudice. Questi se veloce al sospetto dirà dimani al testimone — va in carcere perchè ieri tacesti che Sejo era senza cappello, o che mentre egli percuoteva Cajo suonava la campana della chiesa, o che pioviscolava, o simili: tutte queste cose dovevi dirmi quantunque io non te le domandassi; vai dunque in carcere. E questo giudice sarebbe logico in faccia alla dottrina della reticenza. Il testimone potrebbe bene dedurre che non lo fece a malizia: ma forse gli verrebbe risposto che la questione della malizia deve giudicarsi al pubblico dibattimento. Il materiale del reato io l' ho; subisci il processo e vai al pubblico dibattimento; là farai conoscere se fu o

no malizioso il delitto di reticenza che tu commettesti. In ultima analisi i pericoli ed i danni del povero testimone sono conseguenza della ignavia del giudice che non lo interrogò accuratamente. Si vuole scansare la fatica, e si è inventato il delitto di reticenza. Così il giudice istruttore quando ha detto al testimone *dimmi tutto quello che sai* ha esaurito l'ufficio suo. Indovini il resto il testimone. Questi verrà poi richiamato alla Corte d'Assise. Il presidente più sveglio gli dimanderà quella circostanza, ed il testimone la dirà ingenuamente. Ma il presidente con brusco piglio gli insegnerà che egli doveva dire anche ciò su cui non era interrogato; gli obietterà che si è renduto colpevole di reticenza, per cui si è esposto ad un processo criminale. Ed ecco quel mal capitato tremare e venir meno dalla paura: ed ecco il mormorio del pubblico, il discredito del testimone che vedesi posto in sembianza di falsario, e può ascrivere a fortuna se se la cava con la sola paura. Queste le non son cose che io immagini nel mio scrittoio. Le ho vedute spesso alla Corte di Assise, dove stimasi essere grande abilità di manovra porre i giurati in sospetto sul conto di questo o di quel testimone. E tutto questo si chiama progresso portato in Toscana! . .

(1) Fu assai decisivo il significato che i pratici attribuirono al *crimen reticentiae*. Con questo nome si designò da molti il delitto che pretendevasi commesso da chi venuto in cognizione di una cospirazione contro lo stato non ne avesse fatto denunzia. In faccia ad un principio siffatto bene si comprende che la interpellazione fatta o non fatta non poteva essere influente sul reato. Ma dopo che la omessa delazione

cessò di essere in termini generali un delitto, egli è manifesto che la interpellazione appositamente e legittimamente fatta diviene una condizione della odierna *reticenza*.

§. 2697.

Noi saremmo pertanto di opinione che il titolo di reticenza non fosse a mantenersi in un codice, per i pericoli di tranelli e sorprese alle quali può esporre il più ingenuo testimone. Ma per meglio spiegare il nostro concetto occorre tornare un istante sullà formula *negazione del vero,* che costituisce (§. 2666) il secondo modo di materiale nella falsa testimonianza. Un principio generale deve dominare questo punto: ed è che qui la verità non s' intende in un senso *reale* ed assoluto, ma in un senso *ideologico* e relativo. Si ha per vero il falso che il testimone creda vero; e si ha per falso anche il vero che il testimone crede falso, o che è da lui ignorato. Due applicazioni di questa regola.

§. 2698.

La prima applicazione si è che nel modo stesso con cui il giure penale conosce un *falso punibile diretto a provare fatto vero,* così tiene per falsa testimonianza anche la esposizione di un *fatto vero,* quando il testimone che venne ad affermare di averlo udito o veduto non lo aveva nè veduto nè udito (1). Il criterio della falsità della testimonianza non dipende dal rapporto fra il *detto* e la *realtà* delle cose, ma dal rapporto fra il *detto* e la *scienza* del testimone. *Aliud est mentiri* (diceva C i c e r o-

ne) *aliud dicere mendacium*. Dicevano mendacio ma non mentivano gli antichi filosofi quando asserivano che la terra stava ferma ed il sole aggiravasi intorno a lei, ed invece mentiva ma non diceva mendacio quel viaggiatore che prima della scoperta dell'America descriveva la esistenza di un altro mondo al di là dell'Atlantico come cosa veduta ed osservata da lui. Il testimone che eventualmente narri cosa vera ma non saputa da lui è falsario, perchè mentisce sulla scienza propria o sulle cause della medesima, mentre il giudice a lui appunto non chiede altro tranne la esposizione genuina delle proprie credenze, rilasciando poscia a sè medesimo il giudizio sulla loro verità od erroneità.

(1) Questo caso si designò dai pratici con la formula che il teste deponeva *falso sed non falsum*, cioè, *falsamente* ma non il falso: ed altri la disse falsità non *assoluta* ma *relativa*. I moralisti pretesero sostenere che, data la verità della cosa, il teste che aveva asserito avere egli stesso veduto il fatto, mentre invece era stato a lui narrato da persona di sua fiducia, non peccava *in foro coscientiae*. I pratici ravvisarono in tali condizioni una attenuante, e dissero doversi irrogare una pena *straordinaria* invece della *ordinaria*: Caballo *resolutiones crim. cas.* 38 — Conciolo *resol. crim. verbo falsum, resolut.* 18 — Majorano *Opopraxis criminalis lib.* 2, *cap.* 6, *n.* 90. Non avrei difficoltà ad ammettere la attenuante per analogia di quella, ammessa anche dai moderni codici, in tema di falso documentale fabbricato per porre in essere la prova di un fatto vero.

§. 2699.

L'altra applicazione correlativa di quel principio si è che il testimone si renda falsario quando dica

di *non sapere* cosa che veramente egli sa. Questa non è *reticenza* ma negazione del vero. Sono note le ambagi nelle quali s' involse la dottrina dei civilisti intorno alla risposta *nescire* data dalla parte sulle posizioni deferite al suo giuramento; e le questioni che si sollevarono intorno agli effetti civili di quelle risposte. Ma da si fatte distinzioni non si può cavar frutto in criminale nell' argomento dei testimoni. La parte è chiamata a deporre sul fatto proprio; il testimone a deporre sulla propria scienza. Alla parte che interrogata sul fatto proprio risponda *nescire* potrà dirsi ai fini civili, tu hai *confessato* perchè il tuo *nescire* equivale al *nolo jurare* che basta affinchè il giudice ti condanni: e dato tale effetto civile alla risposta *nescire* della parte, potrà bene dedursene la logica conseguenza in penale che il giudice criminale non può condannare quella parte come spergiura per avere *negato*, quando il giudice civile la condanna nella lite per avere *confessato*. Diverso avviene nel testimone. Quando questi risponda *nescire* non può nella sua risposta trovarsi l' affermazione di ciò che ha detto non sapere. Esso non avrà ingannato il giudice sul fatto principale, ma lo ha ingannato sul conto della propria scienza. Se con tal modo esso non ha portato in processo un fatto falso come vero, esso però ha sottratto al processo un fatto vero che vi doveva comparire attestato dalla sua bocca, e forse decidere delle sorti del giudizio. Costui non è reticente: non ha taciuto soltanto il vero; lo ha negato, quando ha negato al giudice di sapere ciò che sapeva e che il giudice chiedeva da lui. Costui dovrà dunque punirsi come

reo di falsa testimonianza anche dove il titolo elastico di reticenza non si trovi nel codice vigente.

§. 2700.

Forse la formula *nescire* si presterà più facilmente ad escludere lo elemento intenzionale per cagione di mal inteso o di dimenticanza. Ma questo appella alla prova del dolo: e ormai ho detto mille volte che le difficoltà relative alla prova non devono esercitare influsso nessuno sullo stabilimento dei principii. Bensì fu osservato (1) che mentre l'affermazione o la negazione assoluta opera contro la giustizia col mezzo di un' *addizione* al processo, la deduzione d'ignoranza non opera in danno della giustizia che mediante *sottrazione;* perchè il testimone che dice *non è vero* pone in processo un elemento abile a conflittare un altro testimone che dice è vero; laddove il *nescire* o il *non recordari* di un testimone non conflitta nessuno. Da ciò vollero alcuni dedurre che il reato in questa ultima forma avesse una quantità minore per il minore danno immediato che sta in potenza nella deposizione. E forse tale osservazione potrà nei convenienti casi valutarsi dal giudice nella distribuzione della penalità.

(1) Osservarono i dottori che il testimone quando si limita a deporre la negativa della propria scienza difficilmente si può convincere di falso perchè può non aver veduto: Bossio *de defensione reorum, n.* 34 — Alessandro *in l.* 2 *ff. quod quisque juris* — Filangieri *scienza della legislazione cap.* 15, *lib.* 3, *canon.* 10 — Claro *lib.* 5, §. *falsum,*

n. 7 — Tuschio *conclus. jur.* 189, *n.* 9 — Blackstone *commentaries chapt.* 10, *n.* 16. E così non basta provare avverso lui che il fatto sussisteva, ma per convincerlo di falsità bisogna provare eziandio che egli ne aveva contezza per averlo, secondo i casi, udito o veduto. In pratica sarà verissimo tale risultamento, ma il medesimo non conduce per necessità logica alla regola generale che il teste puramente negativo non debba mai essere processato; bensì alcuni anche recenti scrittori vennero a questa conclusione, e insegnarono che *la negativa di un fatto vero non ha carattere di falsa testimonianza:* ciò si insegnò da Giordani *commento al* §. 199 *del C. Austriaco vol.* 1, *pag.* 375, sulla scorta dell' Albertini *del diritto penale.* E vedasi *l' Eco dei Tribunali n.* 1539. Ma questo appella alla dottrina del teste negativo, che accennai di sopra, e niente affatto ha che fare con la ipotesi pura e semplice della *reticenza;* e per giustificare un dettato non bisogna applicarvi una ipotesi diversa da quella che il dettato contempla. Cosicchè altro è decidere che la falsa testimonianza (contro l' insegnamento dei suddetti dottori) si costituisca dalla semplice *negazione del vero,* altro è decidere che si costituisca dalla mera reticenza.

§. 2701.

Misurandosi la penalità della falsa testimonianza dal genere del delitto intorno al quale si depone, sorge questione in tutti quei casi nei quali la legge minacci contro il delitto stesso una pena *alternativa,* dando licenza al giudice di applicare secondo i casi o la casa di forza o la carcère; oppure la carcere o una pena di polizia. La penalità del testimone (e nei congrui casi del calunniatore) dovrà ella misurarsi dalla pena più grave o dalla più mite? La competenza dovrà ella determinarsi come per falsa testimonianza avvenuta in giudizio di polizia

o in giudizio correzionale? Se la causa principale fu decisa con una condanna, la questione ha una forma e può ricevere una soluzione: se fu decisa con l'assoluzione ha una diversa forma, e può ricevere una soluzione diversa. Nella prima ipotesi si ha il fatto positivo che il reo principale fu condannato a pena di polizia, e rimpetto a simile fatto può sembrare repugnante che il falsario si giudichi in una condizione ipotetica smentita dal fatto. Ma nella seconda fattispecie (che di fresco si presentò (1) in faccia ai nostri tribunali) il principio che in dubbio debba propendersi per la sentenza più mite non può essere tolto a guida nella soluzione del problema. La legge misura la pena del falsario sul criterio di un *possibile*. Quando il giudice del merito applicò la pena di polizia decise irretrattabilmente che quel caso era caso di polizia; e sarebbe contradizione nel giudicato che rispetto al teste lo dichiarasse caso correzionale, perchè la possibilità più grave è sparita innanzi alla rejudicata. Ma quando il giudice non si pronunziò sulla pena principale rimane sempre *possibile* che egli dove fosse venuto ad applicare una pena applicasse la più grave. Laonde la legge che determina la pena del falsario sul criterio della *possibilità* resta sempre applicabile nella previsione più severa finchè la pena più severa è possibile.

(1) Corte di Cassazione di Torino 23 maggio 1868.

§. 2702.

Una questione altrettanto grave quanto interessante e vitale mi occorse in pratica circa la *prova*

della falsa testimonianza. Non sempre l'accusato di spergiuro verrà a dedurre che la deposizione contestata a lui come falsa è conforme alla verità. Potrà anche dedurre che alla udienza *non depose nei termini che si trovano registrati nel processo verbale*. Nel mio caso il verbale referiva che il testimone avesse detto *non fui mai* in quella taberna. Il testimone era un giornaliero frequentatore di quella taberna; e fu facile all'accusa nel processo fatto poscia al medesimo provare con una folla di testimoni che colui era realmente intervenuto in quel luogo. Ma il testimone deduceva che il cancelliere aveva male inteso e peggio scritto la sua deposizione, mentre invece egli aveva detto *non udii mai in quella taberna* il discorso che si pretende udito da me. Egli produceva un numero di testimoni rispettabili che erano pronti a deporre di avere effettivamente udito la deposizione in un senso tutto affatto diverso da quello in cui l'aveva riprodotta il cancelliere. Ma il pubblico Ministero si oppose a quella prova allegando che il documento del processo verbale fa piena fede del suo contenuto fino ad iscrizione in falso, e non può ammettersi prova contro il medesimo. Ecco la questione che qui accenno (1).

(1) Questo appella alla dottrina delle prove che Bentham (*teoria delle prove lib. 4, cap. 1*) chiamò *prove preconstituite*. Ma il concetto della prova preconstituita (quello cioè della legge che in precedenza determina i modi coi quali sarà a provarsi un dato fatto) può desso applicarsi ad un *delitto* futuro? È egli concepibile che la legge in precedenza stabilisca che chi vorrà commettere un dato malefizio debba essere convinto della sua reità con un modo speciale e de-

terminato? La idea della prova preconstituita, utilissima nelle materie civili, apparisce a me un concetto fantastico quando si vuole applicare ad un delitto del quale la legge preveda la futura consumazione. Dunque la legge avrà guarentito in perpetuo ai falsi testimoni la impunità purchè abbiano la fortuna che il cancelliere di udienza non prenda nota delle loro deposizioni? L' assunto che da un lato mette a pericolo la innocenza può dall' altro lato giovare ad un colpevole fortunato. Non sempre sarà il testimone quello che troverà interesse a schiarire la sua deposizione riferita nel verbale, pel fine di mostrarla innocente; potrà anche interessare al pubblico Ministero di schiarire con testimoni la deposizione inserita nel processo verbale al fine di dimostrarla colpevole. Gli ostacoli che in criminale si vogliono opporre alla manifestazione del vero non hanno bandiera. Essi nuocono eventualmente a tutti, appunto perchè nuocono a quella verità di cui hanno tutti i cittadini incessante bisogno.

§. 2703.

Non vi ha dubbio che i processi verbali di udienza facciano piena fede del loro contenuto rispetto alle parti principali in causa. Ciò bisogna che sia, e non può essere altrimenti. Ma la questione si è se forza uguale debba loro accordarsi rispetto ad altre persone che intervennero nel giudizio non come parti principali, ma come strumenti accessorii; per esempio, il difensore ed i testimoni: e se quella fede che ha il verbale di udienza in quanto allo adempimento del rito giudiciario, alla certificazione del quale è unicamente precostituito, debba averla ancora per ogni accidentalità di fatto (1) che si svolga in faccia al cancelliere.

(1) I processi verbali che si redigono alle udienze criminali hanno la destinazione di costatare l'adempimento delle *formalità* costituenti il rito giudiciario; e fin qui sono prove preconstituite, e fanno piena fede di quanto attestano in questa periferia fino alla inscrizione in falso. Ma oltre ciò quando i medesimi riferiscano qualunque altro fatto avvenuto in udienza, estraneo agli atti costituenti il rito, hanno una fede storica che si rispetterà fino a prova contraria, ma che può essere demolita senza bisogno di inscriversi in falso. Così insegna Bonnier (*des preuves tom.* 2, §. 64, *edit.* 3) che qualora sia avvenuto un delitto in una sala di udienza ed il cancelliere d'ordine del Presidente ne abbia certificato le circostanze nel suo verbale, colui che poscia venga tradotto in accusa per quel delitto ha libero ogni mezzo di prova per dimostrare la inesattezza delle circostanze medesime erroneamente raccolte nel processo verbale di udienza: e questa dottrina egli conforta con un giudicato della Cassazione del 31 decembre 1812.

§. 2704.

Deve qui rammentarsi un canone generale di diritto; ed è che le sentenze, i contratti, ed in generale tutti i documenti, fanno stato di prova soltanto a pregiudizio di coloro che là intervennero come parti principali. In quanto agli altri è eccezionale la virtù obbligatoria della sentenza quando colpisca lo stato giuridico di una cosa o di una persona; ma tranne tale eccezione ai terzi è libera la contradizione: e tale contradizione è libera non solo a coloro che del tutto furono estranei all'atto, ma eziandio a tutti coloro che v'intervennero con qualunque altra veste tranne quella di parte. Così l'avvocato può impugnare in causa propria quello che

sostenne e che fece pronunciare come patrono: il notaro può impugnare quello che scrisse per dichiarazione delle parti rogandosi di un contratto, quando il contratto si voglia volgere a suo pregiudizio: il testimone può impugnare il contenuto dell'atto solenne al quale prestò la opera sua, quando quell'atto si voglia spendere a detrimento dei suoi diritti patrimoniali (1). Questa verità pratica, universalmente riconosciuta da tutti i dottori, mostra che la qualità di preconstituita nella prova si deve limitare rigorosamente e strettissimamente a quell'unico fine al quale era stata principalmente preordinata dalla legge.

(1) *Arg. leg. Cajus* 39 *ff. de pignorat. actione; leg. si non subscripsisti* 15 *C. de admin. tutor.; leg.* 6 *C. de fidejussoribus — Glossa in leg. sicut §. non videbitur ff. quib. mod. pignus* — Bartolo *in l. sicut ff. quib. mod. pignus n.* 1 — Brunnemann *in pandect. lib.* 13, *tit.* 7, *leg.* 39, *n.* 5 — Ricardo *des dons mutuels vol.* 2, *pag.* 396 — Hartmann Pistor *lib.* 5, *quaest.* 17, *n.* 2, 17 — Molineo *ad consuetud. Paris. tit.* 1, §. 8, *n.* 12 — Cujacio *in lib.* 10 *respons. Hermen. ad l.* 34, §. 2 — Gothofredo *in* §. *non videtur, leg. sicut, ff. quibus modis* — Menochio *de praesumpt. lib.* 5, *praes.* 66, *n.* 18 — Allimaro *de nullitat. contract. rubr.* 1, *quaest.* 1, *n.* 461, 462 — Hermosilla *ad leg.* 60, *n.* 1 — Mascardo *de probat. conclus.* 1323, *n.* 25 — Gabriello *de rer. alienat. conclus.* 2 — Surdo *decis.* 153, *n.* 16, 17 — Barbosa *in leg.* 34, *ff. soluto matrim. n.* 162, *vers. aliud igitur.* La formula *prova preconstituita* conduce all'assurdo quando vuolsi intendere di una preconstituzione *assoluta* ed universale, mentre essa non è che *relativa* secondo la varia destinazione della legge. I processi verbali di udienza sono preconstituiti per far fede contro il giudicabile e non contro i terzi.

§. 2705.

Nella specialità poi la massima repulsiva della prova diretta a chiarire un equivoco del processo verbale nello interesse dei terzi sarebbe contraria ai cardini fondamentali dell' odierno giure penale in proposito della libertà di difesa. Sarebbe cosa pericolosissima che il *materiale* di un reato, possibilmente colpito anche da pena capitale, si constatasse apoditticamente da un unico ufficiale fidefacente, che stanco ed affaccendato raccoglie in una lunga udienza le parole altrui, e pretende tutte ritenerle a puntino. Sarebbe presuntuoso che quest' unico testimone dovesse respingere altri cento che sono pronti a smentire il suo errore. Potrà dunque un difensore subire la condanna per ingiurie qualificate perchè piacque al cancelliere registrare come dette da lui parole che egli non disse mai e non essere ammesso a provare che egli non parlò in quella guisa? Gl' inconvenienti dell' autocrazia del cancelliere a danno dei terzi sono esorbitanti: dallo ammettere una più larga verificazione non è a temersi inconveniente nessuno; perchè il giudice potrà dare il debito peso al verbale ed al deposto del cancelliere quando persista a dire che scrisse bene, potrà anche farsi agio a costui a sgravare la propria coscienza ammettendo la possibilità di un equivoco. In una parola la prudenza del giudice chiamato a formare la sua convinzione nel conflitto delle prove guarentisce da tutti i pericoli; mentre restringere la prova in un cerchio di ferro è micidiale alla verità, unica divinità alla quale nei giudizi criminali deve prestarsi un culto illimitato e costante (1).

(1) Una prova singolare del rabinismo col quale si vuole da alcuni spingere fino all' assurdo il rispetto alla fede dei pubblici documenti, io la ebbi il 1867 nel processo di omicidio agitato alla Corte di Assise di Pisa contro *Pietro Pagni*, poscia assoluto. Erasi posta in atti la fede autentica che *Pietro Pagni* nel 1846 era stato condannato per stupro violento: ciò portava a stabilire la mala qualità dell' accusato e la sua condizione di recidivo. La difesa produceva la fede autentica che giustificava Pietro Pagni esser nato nel 1842, e con la impossibilità di uno stupro e di un processo criminale alla età di quattro anni confortava la deduzione dell' accusato che sosteneva non appellare a lui quel pregiudizio; ma ad un suo omonimo e compaesano. Pure il Regio Procuratore fece virile opposizione alla lettura del documento defensionale, ed alla interrogazione che voleva dirigersi ai testimoni presenti intorno alla esistenza dei due omonimi. Per lui il certificato fiscale provava che il Pagni il 1846 era stato condannato per violenza carnale, e non si poteva ammettere nessuna prova contro il contenuto del documento; l' ottimo Presidente riparò a tutto usando del suo potere discrezionale. In mezzo alla recrudescenza di rigorismo sulla libertà delle prove, che con dolore vediamo guadagnare terreno nella libera Italia, questa tenerezza per la prova documentale non è la ultima delle minacce che si fanno ai diritti del cittadino. In quanto poi alla piena fede che vuol darsi ai processi verbali delle udienze criminali essa è tanto più repugnante quanto più sono nulle le guarentigie che la vegliante legge procedurale (la peggiore di tutta Europa) porge alla società in ordine alla veridicità di quei verbali. Non si redigono sull' atto, ma si prendono degli appunti dai cancellieri. Questi appunti si buttano in processo; non vi è termine prescritto dalla legge per dar loro forma autentica. Nei processi correzionali se non vi è appello o ricorso i verbali rimangono in perpetuo in quel loro informe embrione. Se l' appello od il ricorso fa nascere la necessità di spingere oltre il processo, il Cancelliere pone in pulito quelli appunti

e dà loro la forma di processo verbale, ricorrendo dove gli appunti mancano alle proprie reminiscenze. Ecco i documenti ai quali si vuol dare piena fede del loro contenuto! Trattò La Cuisine (*l. c. pag.* 479) una questione che può essere interessante, supponendo la ipotesi di un conflitto insorto fra il Presidente ed il Cancelliere intorno ad una circostanza da inserirsi nel processo verbale, la quale dall'uno si sostenga essere avvenuta in un modo, e dall'altro in un modo totalmente difforme. A chi dovrà starsi, a chi darsi fede; chi sarà il *dominus* del processo verbale? A me pare evidente che il Cancelliere abbia il diritto di scrivere nel processo verbale ciò che è conforme alle sue credenze e non alle altrui; perchè in fine dei conti è suo il risico maggiore di una iscrizione in falso. Io ebbi tale questione in pratica non ad occasione di un verbale di udienza, ma di un verbale di visita domiciliare. Quel verbale era stato disteso senza designazione di *ora*, e nel giudizio era decisivo stabilire se quello accesso si era eseguito nella *mattina* o nel *pomeriggio*. Furono chiamati alla udienza come testimoni il Pretore, ed il Cancelliere. Il Pretore diceva di avere acceduto la mattina; il Cancelliere di avere acceduto il dopo pranzo. Di qui nacque un secondo processo per falsa testimonianza, dal quale risultò a luce meridiana che era stata più felice la ritentiva del Cancelliere.

§. 2706.

Chiuderemo la esposizione di questo titolo di reato col richiamo di quanto in proposito della calunnia osservammo al §. 2640 relativamente all'ordine del giudizio. Anche ad occasione della falsa testimonianza sorge il problema se il giudizio contro il testimone debba esaurirsi prima del giudizio contro il principale accusato; oppure questo prima di quello; oppure riunirsi entrambo con sospensione del giudizio principale per decidersi poi con una sola

sentenza. La questione attiene alle materie procedurali. Qui noteremo soltanto che l' art. 312 della vigente procedura penale dispone che in caso di sospetto di falsità — ivi — *la Corte o il tribunale potrà sulla instanza delle parti, od anche d' ufficio, ordinare che il testimone sia immediatamente arrestato, e che si proceda contro di esso a termini delle leggi; al qual effetto delegherà uno dei suoi consiglieri o giudici. Compiuta l' istruzione gli atti saranno comunicati al pubblico Ministero che provvederà secondo le forme ordinarie:* e che il successivo art. 314 accorda nella suddetta ipotesi alla Corte od al Tribunale, sulla richiesta delle parti od anche d' uffizio, il rinvio della causa ad altra udienza. Ma tali disposizioni (tratte dagli art. 330 e 331 del codice d' istruzione criminale Francese) non pare alla mia tenuità che sciolgano il dubbio. Se l' art. 312 prescrive che il pubblico Ministero dopo ricevuto il nuovo processo istruito a carico del testimone *provvederà secondo le forme ordinarie,* mi pare evidente che la legge escluda la *contemporaneità* dei due giudizi: perchè potendo avvenire che i due reati richiamino a *competenza diversa,* le *forme ordinarie* possono rendere impossibile la riunione; e ad ogni modo tale riunione non può davvero dirsi imposta dalla legge. D' altronde se la *sospensione* del giudizio principale (di cui l' art. 314) è *facoltativa,* è chiaro che la legge ammette come possibile la *precedenza* del giudizio principale al giudizio contro il falso testimone, e la rispetta tutte le volte che al tribunale piaccia di non usare la facoltà di sospendere. Ma allora, io domando, a qual fine la facoltà di sospendere? La legge non dice che quando il

tribunale sospese il giudizio principale egli non possa rinnuovarlo poi *anche prima* che il processo contro il testimone sia compiuto e costui giudicato. Parrebbe che la sospensione contenesse per implicito il decreto che il giudizio principale non si riassuma finchè la sorte del testimone non sia definitivamente decisa. Ma la legge non lo dice, e sembra lasciar libero il tribunale di agire altrimenti; e per conseguenza egli può, senza violare nè la legge nè il decreto di sospensione, rinnovare la udienza principale senza aspettare l'esito del processo contro il testimone. Sicchè può affermarsi che neppure la *successività* del giudizio principale a quello del testimone sia prescritta dalle nostre leggi: e per conseguenza si può concludere che le medesime lasciano la questione indecisa (1).

(1) In tale questione può consultarsi Hoffmann *traité théorique et pratique des questions préjudicielles* §. 545, 654 *et* 704, *vol.* 3, *pag.* 41 *et* 236; ove insegna che il giudizio contro il falso testimone deve essere *pregiudiciale* all'altro quantunque la legge non lo dica, e cita Morin *répertoire v.° faux témoignage, n.* 15 *et* 17. Ed insegna poi sull'autorità della Cassazione (20 decembre 1845) non essere ammissibile il sistema della contemporaneità, e non potersi perciò ordinare la riunione: vedasi Faustin Helie *de l'instruction criminelle* §. 650 *in fin. tom.* 8, *Paris*, 1858; dove parlando dal principio che il testimone ha diritto di ritrattarsi utilmente fino alla chiusura del dibattimento, mostra la necessità della precedenza del giudizio principale. Questo però vigeva in Francia prima che la falsa testimonianza fosse dichiarata (come fra poco dirò) delitto di udienza.

§. 2707.

Ma questa è una digressione per noi. Lo studio filosofico del problema, la comparazione delle leggi contemporanee intorno al medesimo, e l'analisi di tutte le sue molteplici forme, spetta al *corso speciale* di procednra penale. Noi qui soltanto ci limiteremo a ricordare la regola che è uno dei cardini fondamentali del giure punitivo: vale a dire che se il testimone caduto in sospetto pnò essere (come è doveroso) immediatamente arrestato, esso però non deve essere condotto al giudizio senza regolare processo, e coi termini, e con le guarentigie d'invio, e con la larghezza di mezzi defensionali che si godono da qualunque altro accusato. Questo è indubitabile poichè l'art. 312 prescrive doversi osservare le *forme ordinarie* avverso il testimone caduto in sospetto. E diasi lode per ciò alla nostra legge, ed ai suoi redattori: poichè questa volta non si arresero ad imitare la velleità di certi nostri vicini (1) ai qnali piacque decidere che la falsa testimonianza potesse giudicarsi immediatamente come *delitto di udienza:* vale a dire che lo stesso tribunale dopo aver dichiarato sospetto il testimone, lo giudicasse e lo condannasse immediatamente senza informazione regolare, senza giudizio d'invio, senza termini defensionali, senza libertà di provvedere alla propria ginstificazione, col solo presidio ipocrita di un difensore improvvisato alla ndienza: e quanto sia ciò conforme ai diritti della difesa come s'intendono nella pratica italiana, ognuno che sia versato in questa lo comprende di snbito. Si lodino dunqne in

questa parte i legislatori del 1865 poichè seppero resistere alla mania imitatrice: e così lo avessero fatto più spesso.

(1) L'art. 181 del codice d'istruzione criminale Francese disponeva indistintamente che tutti i tribunali potessero immediatamente conoscere e giudicare *sans désemparer* i *delitti* commessi in udienza, così confermando la pratica dei *délits d'audience,* sulla genesi della quale può vedersi La Cuisine *pag.* 391. Finchè la falsa testimonianza era dichiarata in tutti i casi *misfatto,* e punita sempre di pena di alto criminale, non poteva nascere il dubbio che l'art. 181 colpisse tale reato. Ma quando in Francia si careggiò il pensiero di *correzionalizzare* molti misfatti e punirli con le pene proprie dei delitti, pel fine di sottrarne la cognizione alle Corti di Assise, nacque la legge del 13 maggio 1863; la quale fra i misfatti convertiti in delitti comprese anche la falsa testimonianza resa in materia correzionale. Allora divenne possibile l'applicazione dell'art. 181 anche a questo reato, e una circolare del Ministro Guardasigilli del 30 maggio 1863 si affrettò ad avvertire che *dai tribunali correzionali* dovesse applicarsi l'art. 181 anche alla falsa testimonianza. Ma questa idea di convertire in delitto di udienza la falsa testimonianza non mancò di oppositori anche in Francia. Morin (*art.* 7785) osserva che la circolare restringe l'articolo 181 il quale dà l'autorità di conoscere immediatamente dei delitti di udienza anche ai tribunali civili ed alle corti, mentre in quanto alla falsa testimonianza si vorrebbe conferire tale facoltà ai soli tribunali correzionali, quantunque l'art. 507 del codice d'istruzione criminale contenga disposizioni uguali a quelle dell'art. 181: osserva che a parità di ragione l'art. 181 dovrebbe estendersi al falso giuramento prestato dalla parte avanti un tribunale civile, poichè anche questo è un delitto che si commette davanti al giudice: osserva che lo spirito dell'art. 181 è ben diverso

e non colpisce che quei soli fatti i quali offendano la dignità della magistratura mentre siede in uffizio, o turbino l' ordine della pubblica udienza: osserva che l' applicazione dell' articolo 181 è forzatamente esclusa dall' art. 364 del codice penale che aggrava la pena contro il falso testimone il quale abbia ricevuto denaro; verificazione impossibile a farsi in un processo improvvisato: osserva che questo processo sommario rende impossibile la persecuzione dei subornatori e dei complici: e rilevando tutti gl' inconvenienti e pericoli a danno della verità che seco trae siffatto sistema conclude esservi regole d' istruzione e di prova che non possono preterirsi per nessun reato senza pregiudizio della giustizia, e si pronunzia contro tale estensione, trovando sufficiente alla esemplarità l' arresto immediato del testimone e l' invio alla istruzione. Le osservazioni dello espertissimo criminalista francese (da lui riprodotte anche all' *art.* 8735) mi sembrano decisive. Malgrado ciò lo andazzo della giurisprudenza francese ha seguìto l' impulso ricevuto dall' alto. Non mancano peraltro giudicati che seguono opinione più ragionevole, più umana e più conforme ai sacri diritti della libera difesa: vedasi quello della Corte d' Amiens del 18 agosto 1864 in affare *Vermond*. Ivi si calcola anche un argomento speciale che a me sembra perentorio: ed è che la falsa testimonianza potendo divenire *misfatto* ed incorrere pene di alto criminale quando fu commessa per mercede, una istruzione preliminare ed un giudizio d' invio sono indispensabili appunto per verificare la natura del fatto. Ma sul ricorso del pubblico Ministero il giudicato della Corte d' Amiens fu cassato con decreto dell' 11 novembre 1864; vedasi la critica che fa di questo decreto Morin *art.* 7932; e vedasi anche il successivo *art.* 8094. Nell' antica pratica si elevò il dubbio se il falso testimone potesse condannarsi dal giudice stesso in faccia al quale era venuto ad emettere il falso deposto (Cabedo *decisiones Lusitanae, lib.* 1, *decis.* 77) per tema della preoccupazione e del risentimento che nel giudice è inevitabile verso chi lo ha ingannato. Ma lasciando da parte

queste delicate considerazioni, vi sono nelle intrinseche condizioni della libertà della difesa potentissime ragioni per non ammettere contro i falsi testimoni la procedura tumultuaria e precipitosa del delitti di udienza. La legge ha potuto deflettere dai termini e dalle libertà concesse alla difesa quando si è trattato di azioni consumate nella udienza, le quali avevano avuto per testimone tutto il pubblico, e contro le quali il processo non può farsi se non col mezzo delle persone che appunto si trovano nella sala di udienza. Chi in quella sala percosse uno spettatore, o emise grida, o insultò il giudice, non può allegare bisogno di dilazioni per cercare i suoi testimoni a difesa in lontani paesi. Il delitto è flagrante, e la verità si potrà raggiungere forse meglio in quello istante medesimo. Ma nella falsa testimonianza il fatto da provarsi per condannare giustamente il testimone non è soltanto che egli abbia deposto *sic*, e *sic*, lo che si è udito da tutti i presenti, ma è invece a provarsi la *falsità* di quel deposto: è a provarsi cioè se sia vera o falsa quella circostanza che il testimone narrò essersi da lui udita o veduta in altro tempo, in altro luogo, e forse a grandi distanze. In questi termini il processo non cade sopra fatti avvenuti in udienza: ma sopra fatti accaduti assai prima ed assai lunge di là. Le verificazioni pertanto della imputazione mai saranno complete in un processo sommario e immediato al quale non possono portarsi altri elementi tranne quelli raccolti nella sala di udienza dalle persone colà convenute, fra le quali (tranne un'accidentalità fortunata) nessuna ve ne ha che sappia la più piccola cosa intorno al fatto che si dubita mendacemente narrato. Il giudice indispettito per il sospetto che siasi voluto ingannarlo provoca il processo immediato del testimone, e lo giudica senza dar luogo alla calma della riflessione, senza dar balìa al testimone in quella guisa sorpreso ed esterrefatto di procacciarsi un difensore di sua fiducia, che con critica imparziale raccolta, svolga, e pacatamente discuta le circostanze a carico od a discarico, e senza dargli agio a quelle più larghe ricerche di fatto che forse avrebbero potuto chiarire la

sua innocenza. Una tal forma di procedimento (mi si permetta dirlo) ha più del turco che del cristiano. E mi duole e mi sorprende ad un tempo che un criminalista così benemerito della scienza, così umanitario e progressivo quanto è l'onorevole Bonneville, abbia sostenuto la opinione (*améliorations vol.* 2, *pag.* 403, *et* 405) che la falsa testimonianza debba giustificarsi con le forme dei delitti di udienza. Certamente a quell' uomo sommo non può avere signoreggiato la mente il pensiero della economia del tesoro pubblico, che spinse Pellerin (*commentaire de la loi du* 18 *avril* 13 *mai* 1863, *pag.* 204) a decantare questa come una delle migliori e più salutari innovazioni. La economia posta innanzi ai bisogni della giustizia è un concetto che eccita ribrezzo alla odierna civiltà. La vera umanità ed il vero progresso non consistono sempre nel punir meno ma nel punire i soli colpevoli ed evitare il rischio di sacrificare gl' innocenti. Io la intendo così.

Titolo VI.

Subornazione di testimoni.

§. 2708.

Al titolo di *subornazione* dobbiamo chiedere che ci dia *ragione* innanzi tutto dell' *esser suo.* Subornare un testimone altro infatti non è che istigarlo a mentire (1) nello esame che gli verrà deferito: è dunque un *mandato,* una *istigazione a delinquère,* e nulla di più. Ora destasi curiosità di sapere qual fu il motivo per cui la istigazione a giurare il falso non rimanesse nella pratica criminale confusa nel genere delle istigazioni a delinquere per subire la sorte comune delle istigazioni, che incorrono la do-

vuta pena secondo la proporzione del reato a cui tendono; ma invece se ne facesse una figura distinta consacrandole quasi per antonomasia il nome di *subornazione* (2). Comprende ognuno che quando in un codice si viene a contemplare un fatto per costituirno una specialità criminosa ciò non può derivare che da tre cagioni. — 1.° o cho non sia preveduto nel codice il *genere* al quale quel fatto speciale appartiene; — 2.° o che quella specialità si voglia punire *più severamente;* — 3.° o che al contrario si voglia colpire *più mitemente* la specio che vorrebbe distaccarsi dal genere. Altra ipotesi non so adattare ad una operazione legislativa, che senza ciò sarebbe una superflua moltiplicazione di figure giuridiche.

(1) Ho detto di sopra essere testimone falso anche quello che depone cosa vera ma a sè sconosciuta, affermando di aver veduto od udito ciò che realmente avvenne ma che egli non vide nè udì: e questa proposizione è concorde fra i pratici, che soltanto impropriano il caso per applicarvi pena straordinaria: Boerio *decis.* 319, *n.* 6 — Caballo *resolutiones cas.* 38, *n.* 3 *et* 4 — Guazzino *de defensione reorum def.* 28, *cap.* 19, *n.* 2 — Bossio *tit. de falsis n.* 154. La regola correlativa si è riprodotta dai criminalisti moderni in tema di subornazione, insegnando essere colpevole di subornazione anche chi seduce il testimone a deporre cosa vera ma che questi non sapeva e che va ad affermare sulla fede del subornatore: Merlin *Répertoire v.° subornotion n.* 1 — Rauter *droit criminel n.* 498.

(2) Bibliografia — Claro *sententiarum* §. *falsum n.* 4 — Bajardo *ad Clorum* §. *falsum n.* 13 *et in fin.* — Caballo *resolut.* 144, *n.* 2 *et in fin.* — Guazzino *de defensione reorum def.* 28, *cap.* 13 — Farinaccio *de te-*

stibus quaest. 67, *n.* 7 — Conciolo *in verbo subornatio, resol.* 1, *per tot.* — Basilico *Decisiones criminales decis.* 35 — Melchiori *Del falso e dello spergiuro cap.* 5.

§. 2709.

La prima ipotesi si avvera nel tema presente in quelle legislazioni che non contemplano come delitto *sui generis* ed in sè perfetto la *istigazione a delinquere non accolta.* È forse a ciò che deve storicamente riferirsi la genesi del titolo speciale di *subornazione di testimoni.* Finchè si supponeva la subornazione susseguita effettivamente dalla falsa testimonianza, a qual pro farne un titolo speciale? Per colpirla con la legge penale bastavano le regole generali della complicità: chiunque ha provocato al delitto l' autore di questo, è involuto nella responsabilità dell' autore, senza bisogno che ciò ripetasi dalla legge per ogni reato. Ma quando al contrario si suppone che il testimone non abbia aderito alla rea proposta, le regole della complicità non possono colpire il proponente, perchè non si può essere complici dove non fu delitto principale. E neppure potrebbesi all' uopo ricorrere alle regole del tentativo, perchè l' autore della falsa testimonianza essendo il falso testimone e non il subornatore, non può trovarsi principio di esecuzione dove il supposto autore non ebbe mai neppure la volontà di eseguire. Posto dunque che si volesse colpire con una pena la istigazione a deporre il falso quantunque non accettata; e tenuto per fermo che i principii generali della complicità e del conato non bastavano a ciò, quelle legislazioni che non avevano

una disposizione generale punitiva indistintamente di ogni istigazione a delinquere non accolta, volendo punire il tentativo di subornazione avevano necessità di costruire in questa forma d'istigazione un reato speciale (1). Ora poichè il codice penale Toscano volle indistintamente punite tutte le istigazioni criminose non accolte, le sue speciali disposizioni contro i subornatori di testimoni non possono trovare ragione sufficiente in questo primo motivo.

(1) Così le antiche ordinanze portoghesi (Mellio *institutiones juris criminalis Lusitani tit.* 2, §. 19) punivano con la fustigazione e con dieci anni di relegazione la sollecitazione a testimoniare il falso quantunque non susseguita da falsa deposizione e neppure accettata dal testimone.

§. 2710.

La seconda ipotesi può giustificare il titolo speciale in questione nel codice penale Francese del 1810; poichè troviamo che il medesimo all'art. 365 punì il subornatore con un grado sempre maggiore di pena: galera a tempo se il testimone era punito con la reclusione; galera a vita se il testimone era punito con la galera a tempo, e così di seguito: il quale aumento di pena si abolì poi saviamente nella riforma del 1832, togliendo lo sconcio che il complice sia punito più dell'autore principale. Ora avendo quel codice posto per principio generale che i complici per istigazione dovessero incorrere la stessa pena dell'autore principale da loro istigato, una volta che nella falsa testimonianza voleva farsi a quella regola una deroga di rigore, era logico che dello

istigatore in questo delitto si facesse una figura speciale. Potrà discutersi sul criterio misuratore, ma la specializzazione, una volta ammesso il criterio, diveniva una necessità: ma è altrettanto chiaro che anche per il codice Francese cessò ogni bisogno di specializzazione dopo che la riforma ebbe parificato nella pena il subornatore al falso testimone, come lo è ogni altro complice per quella legge. Da ciò bisogna concludere che il bisogno della specializzazione (1) per questo motivo è fattizio, ipotetico, e per me inaccettabile in base; infatti esso bisogno non nasce dalle condizioni *intrinseche* del fatto, perchè la subornazione nella sua sostanza giuridica non è altro se non una istigazione a delinquere, ma nasce da una accidentalità esteriore per la difformità delle punizioni. Se ne ha bisogno quando si vuole punire il subornatore o più o meno del falso teste: dove si vogliano punire ugualmente come ogni altro istigatore efficace, la specializzazione è una superfluità.

(1) Alcuni legislatori sono andati ancora più oltre nello specializzare. Le ordinanze portoghesi (*lib.* 5, *tit.* 54, §. 2) distinguevano fra il reato di subornazione di testimoni e il reato di *produzione* di *falsi testimoni* scientemente fatta, costituendo di questa seconda ipotesi un titolo distinto nella nozione e nelle pene; Ferrao (*theoria do direito penal vol.* 5, *pag.* 282) trova molto lodevole tale specificazione. Io convengo che il fatto di produrre scientemente testimoni falsi non sempre equivalga alla subornazione, perchè i testimoni mendaci possono essersi offerti spontanei per impulso di propria passione senza bisogno d' istigazione altrui. Ma non mi pare che siavi necessità di creare un apposito titolo per colpire quella figura criminosa la quale potrà fa-

cilmente raggiungersi come complicità della falsa testimoniaoza. I pratici, che il diritto criminale convertirooo in un labertnto di presunzioni, dissero che si rendeva partecipe della falsa testimonianza e quasi subornatore anche il patrono della causa che producesse capitoli falsi ed inducesse falsi testimoni a provarli: laondo suggerirooo la cautela per l' avvocato che egli ne facesse fare la produzione e la istaoza personalmente dalla parte o dai suoi coogiuoli. E poscia correndo oltre insegnarono che quando la parte era comparsa personalmente a produrre i capitoli, ciò dimostrava che lo avvocato ne aveva sfiducia e dava sospetto di falso. Tutte neoie cento volte fallaci. Si sa che il difensore entro certi limiti crede ciò che a lui dice la parte e fa quello che essa desidera. Senza la prova positiva della sua scienza e partecipazione è dunque temerario sospettare di lui perchè agisce sotto l' impero di un dovere e per una certa necessità di funzioni.

§. 2711.

Infatti io veramente di quella odiosità speciale non seppi mai persuadermi checchè opini il venerato Giuliani *(vol. 2, pag. 167)*. Non so capire perchè mentre chi istigò all' omicidio o allo incendio si punisce alla pari dell' autore, debba punirsi più austeramente dell' autore chi istigò a deporre il falso. E tanto meno saprei adattarmi a questo modo di vedere, inquantochè nella mia lunga pratica ho riscontrato spessissimo fallace la presunzione di seduzione a carico del così detto subornatore. No: non è sempre vero nella vita reale che le parti vadano in cerca di falsi testimoni ed usino arti e raggiri per condurli ai desiderii loro. Il più spesso sono i testimoni quelli che vanno a cercare le parti (1)

onde speculare sulle sventure altrui; ed ai congiunti del carcerato vengono offrendo deposizioni a comodo purchè sia dato loro denaro: e vidi non di rado onesti cittadini ai quali occorse tutta la fermezza della virtù per resistere alle tentazioni di certi tali che ad ogni modo volevano essere indotti per testimoni a difesa di chi non aveva neppur sognato cercarli. Io dunque non mi soscrivo a questo criterio di proporzione, e dico soltanto che il medesimo quando si accolga può essere buona ragione della specializzazione del titolo.

(1) Che si direbbe nel caso pratico del testimone che avesse tentato subornare la parte offrendogli per denaro di deporre a favore di lei, e questa avesse ricusato la offerta? Parmi evidente che si avrebbe il titolo di istigazione a delinquere non accolta. Nè osta che nel progetto l'autore principale del disegnato delitto dovesse essere colui che istigava l'altro, perchè nella nozione della istigazione non accolta non si distingue fra futuro autore che istighi altri ad essergli complice ed un terzo qualunque che istighi alcuno a farsi autore principale di un delitto.

§. 2712.

Ma volgendoci al codice Toscano la ragione del titolo speciale non può trovarvisi neppur per questo secondo punto di vista: e ciò si dimostra dal confronto dei diversi articoli del medesimo. Esso prevede il caso all' art. 274 nei seguenti termini — §. 1. *Chiunque per mezzo di doni, di promesse, di minaccie, o in altro modo qualunque tenta d' indurre un testimone a deporre il falso od a negare*

il vero in giudizio, è punito con la carcere da un mese ad un anno — §. 2. *E se la falsa testimonianza ha avuto luogo; il subornatore è punito come coautore del delitto.* Ma il codice Toscano aveva previsto la istigazione susseguita da effetto all' art. 49 let. b. — ivi — *è autore* — c) *chiunque per via di mandato, di minacce, di ricompense date o promesse, d' abuso di autorità o di potere o in altro modo è stato causa del delitto, dolosamente instigando l' agente a formare la risoluzione di commetterlo.* Il §. 2 dell' art. 274 è dunque una superflua ripetizione in un caso speciale di ciò che l' art. 49 dispone indistintamente per tutti i casi; e questa osservazione è tanto più vera perchè nelle ipotesi previste all' art. 52 sarà sempre dovere che si ricorra alle disposizioni generali anche rispetto al subornatore malgrado il silenzio dell' art. 274. Lo stesso codice aveva all' art. 54 previsto i diversi casi della istigazione non accolta, decretando la carcere da uno a tre anni se diretta ad un delitto minacciato di morte; la carcere da un mese ad un anno se diretta ad un delitto minacciato di ergastolo o di casa di forza; e la carcere fino ad un mese, se diretta ad un delitto colpito di pena inferiore. Invece al §. 1 dell' art. 274 minaccia indistintamente il carcere da un mese ad un anno contro la subornazione non accolta. Qui dunque non solo vi fu una superfetazione, ma più veramente un errore nello abbandonare quel giustissimo criterio di proporzione al quale erasi saviamente inspirato il legislatore nel distribuire le pene contro la istigazione non accolta. Così ne avvenne che la tentata subornazione di testimoni trovasse identica pena nella legge tanto

avverso chi voleva mercè la falsa deposizione far colpire di morte un nemico, quanto avverso chi voleva salvare sè stesso da una contravvenzione di polizia. E tanto più ferisce l'animo cotesto sconcio perchè il criterio di penalità assunto nell'art. 54 erasi da quel codice giustamente riprodotto nell'art. 273 dove si determina la pena della falsa testimonianza: nè sa spiegarsi il motivo per cui quella misura che regola la pena del falso testimone non debba riprodursi eziandio rispetto a chi tentò subornarlo, mentre si riproduce (mercè il §. 2 dell'art. 274) rispetto a chi effettivamente lo subornò; e mentre è assunto in via di regola generale, per l'art. 54, come criterio misuratore di tutte le istigazioni a delinquere.

§. 2713.

Ma potrà egli dirsi che il codice Toscano avesse bisogno di questo titolo speciale perchè fosse disceso nella terza delle anzidette ipotesi; vale a dire che la istigazione al falso testimoniare volesse punirla meno nel suo rapporto proporzionale con tutte le altre istigazioni a delinquere? No: neppur questo credo che possa dirsi, nè in punto astratto di scienza, nè come opinione del legislatore toscano. Potrà essere che il subornatore di testimoni abbia più frequente occasione d'incontrare scuse (come fra poco dirò) e meno frequente ne incontri chi istigò all'omicidio o all'incendio; ma questo attiene alla dottrina del grado e niente ha che vedere sulla presente ricerca; nel tipo cardinale della proporzione fra istigatore ed istigato la falsa testimonianza non

offre ragione di eccezione nè in più nè in meno sugli altri delitti. Sicchè mi credo autorizzato a concludere che il legislatore toscano non ebbe ragione nessuna per mantenere questo titolo speciale; e lo mantenne soltanto per una irriflettuta abitudine di tener dietro ai codici precedenti.

§. 2714.

Per queste considerazioni, poichè io penso che la istigazione a delinquere non accolta quando tende a delitti gravi debba avere la sua generale sanzione punitiva in un buon codice; poichè la istigazione accolta trova il suo criterio punitivo nelle regole della complicità; e poichè non ammetto nè riconosco motivi eccezionali per cui dalle regole della complicità debbasi deviare in quanto ai criterii punitivi nella falsa testimonianza; così io concludo che il titolo di *subornazione di testimoni* non merita di essere conservato in un codice come specialità criminosa.

§. 2715.

In tale pensiero io mi astengo dal dettare una esposizione completa di questo titolo di reato, perchè altro non farei tranne ripetere la teorica della istigazione a delinquere, considerata o come forma di complicità, o come delitto di per sè stante. E soltanto mi occuperò in questo titolo di alcune particolari questioni (1); lo studio delle quali varrà forse a conferma del mio concetto, che scientificamente niente si perda a sopprimere il titolo speciale di

subornazione di testimoni. Dalle questioni infatti che verrò ricordando si vedrà che lo avere staccato dalla istigazione a delinquere la subornazione dei testimoni per farne una figura speciale, non ha dato altro frutto tranne perplessità ed incertezza nelle pratiche contingenze.

(1) La differenza che passa fra il considerare la subornazione di testimoni come reato principale e considerarla come fatto di complicità, influisce ancora sopra una elegante questione che vidi esaminata dal Capycelatro *consultationes vol.* 2, *consultat.* 87. Essa è relativa alla competenza. Quando la subornazione sia stata fatta in un territorio e la falsa testimonianza emessa in altro territorio, qual sarà la giurisdizione alla quale dovrà richiamarsi il subornatore?

§. 2716.

1.ª Questione — Qual è la situazione giuridica del subornatore quando il testimone *non consumò* il suo delitto? Questa questione dobbiamo esaminarla nella ipotesi di una legge che non si occupi della subornazione di testimoni lasciando questo reato sotto le regole generali: e poi guardarla sotto l'altra ipotesi di una legge che abbia il titolo speciale di subornazione. Ed ambedue queste ipotesi dobbiamo studiare rispetto al duplice caso del testimone che non abbia consumato il delitto per avere fino da principio dato repulsa alla proposta; e del testimone che dopo avere accettato la proposta, e dopo avere emesso la falsa deposizione, non abbia consumato il delitto per essersi tempestivamente disdetto.

§. 2717.

È chiaro che nella prima ipotesi siamo sotto il dominio delle regole generali. Dato il primo caso della repulsa abbiamo i termini semplici della *istigazione a delinquere non accolta.* Il fatto non era punibile nè come complicità nè come conato. Ma se la legge per disposizione generale segnala il delitto d' istigazione non accolta, cadrà sotto questo titolo secondo la misura ordinaria desunta dal reato al quale tendeva la istigazione (1).

(1) Non corrasi però a credere che ogni istigazione *a deporre* costituisca tosto il reato quando anche sia accompagnata dalla promessa di un premio. Spesso colui che ha interesse a provare un dato fatto ha ragione di supporre che Tizio o Cajo ne siano informati, e che abbiano repugnanza a farsene testimoni, ed usa in buona fede preghiere o promesse per vincere quella repugnanza e non per ottenere una falsa attestazione. Ciò che si fa in buona fede nella veduta di scuoprire la verità non può convertirsi in delitto.

§. 2718.

Dato poi il secondo caso le regole generali c' insegnano che nella deposizione emessa al seguito della accettazione della proposta si estrinseca un principio di esecuzione del reato, che somministra il materiale di un tentativo punibile. Ma il reato fu interrotto per il pentimento dello agente; o si ha come interrotto (per ciò che dissi al §. 2688) anche dopo esaurita la deposizione se il teste si ritrattò

prima della chiusura del processo. In tali condizioni le regole generali c' insegnano che il pentimento giova all' autore del tentativo che si penti, e niente giova al partecipe che non si pentì. Rimpetto a costui il pentimento del suo correo avvenuto contro sua volontà è il *fortuito* che ha impedito la consumazione del delitto: un materiale di conato punibile esiste, ed a lui è politicamente imputabile. Nè può dirsi che s' immagini lo impossibile giuridico di un tentativo di complicità, quando ci sta innanzi un conato costituito da un principio di esecuzione per parte dell' autore principale. Nel silenzio della legge positiva io non saprei come declinare queste deduzioni.

§. 2719.

Adesso guardiamo la seconda ipotesi in ambo gli anzidetti casi. Se nella subornazione si trova costruito un titolo speciale di reato, l' *autore* di questo titolo sarà il subornatore; e potrà dubitarsi che la proposta non accettata sia un principio di esecuzione e costituisca un tentativo punibile. In faccia al concetto di un reato principale il dubbio è seriamente proponibile. E quando anche la legge generale contempli il reato d' istigazione non accolta, si potrà dubitare di nuovo se abbia luogo la regola della prevalenza, per istituire il confronto fra la punizione della istigazione non accolta e la punizione della tentata subornazione. A rigore di logica queste sarebbero le conseguenze del concetto giuridico di *titolo principale*. Per declinarle non si potrebbe battere altra via, tranne ricorrere alla regola della inidoneità dei mezzi, osservando che se la suborna-

zione non riuscì a vincer l'animo del testimone, i mezzi furono inidonei e non danno elemento di tentativo punibile. Ma i criminalisti francesi per declinare quella conseguenza non s'impacciarono per questa via. Il vecchio loro art. 365 minacciava al subornatore per lo meno la galera da cinque a venti anni e nei casi più gravi anche la morte: il loro art. 2 adegua nella pena il tentato al consumato misfatto. Condurre a pene cotanto gravi chi d'altro non era colpevole che di una preghiera rimasta inane per la immediata repulsa, era una esorbitanza non tollerabile. Bisognava dunque rompere il filo di quel ragionamento; e i criminalisti francesi lo ruppero con la spada di Alessandro; e fecero benissimo, perchè è meglio far forza alla logica delle deduzioni giuridiche che spingere la legge alle applicazioni sanguinarie e feroci. I criminalisti francesi andarono per la più corta: dissero (1) che la subornazione altro non era che un *fatto di complicità,* il quale rientrava nella prima parte dell'art. 60; e così ricondussero il caso sotto la regola generale della non punibilità del complice quando non vi è delitto principale. La interpetrazione fu ardita ma lodevole.

(1) Carnot *commentaire sur le code pénal art.* 365 — Cassazione 4 decembre 1812: 18 febbrajo 1813: 26 aprile 1816; e 16 novembre 1821.

§. 2720.

Che dire poi del secondo caso? Le regole generali della complicità e del tentativo insieme combinate avrebbero portato alla conseguenza che quando

il teste oltre ad avere accettato aveva anche emesso la falsa deposizione, se il medesimo con la tempestiva ritrattazione era riuscito a salvare sè stesso non aveva però salvato il subornatore, il quale restava causa efficiente di un tentativo seguito da un principio di esecuzione interrotto per cause indipendenti dalla sua volontà. Pure anche qui la giurisprudenza si pronunziò nel senso più benigno. L e g r a v e r e n d *(jurisprudence criminelle chap. 2)* dal principio che anche in faccia al codice Francese la subornazione di testimoni non è che un fatto di complicità venne diritto a concluderne che dove non fosse reo di tentativo punibile l' autore principale non potesse esser punibile il complice. E la Corte Suprema di Francia seguitò questa dottrina (1). Di tal guisa venne la giurisprudenza in questo caso speciale a rendere profittevole al correo il pentimento dell' autore principale che aveva impedito il successo: ossia la ritrattazione del testimone divenne profittevole anche al subornatore, quantunque per parte sua fosse stato causa morale di un tentativo punibile, ed avesse sempre perseverato nel malvagio volere. Con ciò evidentemente si fece violenza ai principii cardinali della teoria. Ma ho già osservato altre volte che in generale siffatte violenze avvengono sempre (e sono lodevoli) quando una legge positiva esorbita di severità: ed ho più specialmente osservato a parecchie occasioni che nella materia del tentativo la genuina applicazione dei veri principii non è a cercarsi nella giurisprudenza francese, perchè le fiere ed eccezionali disposizioni dell' art. 2 di quel codice hanno necessariamente generato una giurisprudenza ec-

cezionale che per quanto era possibile ne mitigasse il rigore.

(1) Cassazione 30 settembre 1826 affare *Boeuf* — 8 luglio 1830 affare *Lapine* — 30 luglio 1831 affare *Salvayre*. Sembra però che posteriormente anche le Corti di Francia abbiano receduto da questa giurisprudenza: Cassazione 16 gennajo 1835 affare *Gazaille* — 5 febbrajo 1846 affare *Gachier*: e Chauveau et Helie (*théorie du code pénal tom. 6, pag.* 470) riconducendo la dottrina ai veri principii hanno sostenuto che quando vi è stata falsa testimonianza o tentativo di falsa testimonianza, la non punibilità del testimone non è ragione bastante per non punire il subornatore. Ma anche su questo punto sembra che la giurisprudenza francese non siasi mantenuta costante. Vedasi Cassazione 22 luglio 1843 e 3 giugno 1846, e Blanche *Cinquième etude, pag.* 432.

§. 2721.

Certo si è che la veduta politica di promuovere lo scuoprimento del vero, la quale ha forse non poco influito a fare della ritrattazione tempestiva del testimone una dirimente anzi che una semplice diminuente, non ha nessun peso rispetto al subornatore; il quale niente coadiuvò allo scuoprimento del vero, ed anzi avrebbe voluto che il testimone persistesse nella menzogna. Non vi è dunque ragione politica per deflettere dalle regole generali. Queste portano la conseguenza che la ritrattazione del teste giovi al subornatore soltanto *indirettamente*, in quanto è causa che si abbiano *effetti meno gravi;* e così riduce a meno la *quantità* del suo delitto. Ma le stesse regole portano ad escludere che

il subornatore tragga un giovamento *diretto* dalla ritrattazione: poichè questa è circostanza tutta *personale* e non si comunica all'altro. Se il fatto principale apparisce modificato in quanto rispetto al testimone *cessò di essere delitto,* ciò dipende soltanto da questo che la legge non considera come *perfetta* la falsa testimonianza finchè il processo non è chiuso: lo che obbliga ad applicare al teste la dottrina del conato rimasto tale pel pentimento dello agente, il quale non si scrimina rispetto ai partecipi che non si pentirono. La subornazione in questa ipotesi fu causa di un delitto *tentato* e non di un delitto *consumato.* In quanto ciò possa influire sulla differenza tra la pena del delitto tentato e consumato, questi ne avrà benefizio: più oltre no (1).

(1) Questa soluzione è stata accolta nel 1868 dalla Real Corte di Appello in Napoli. Essa per applicazione dell' articolo 368 del codice Sardo, ha stabilito che la subornazione di testimoni sia un delitto di per sè stante; ed applicandovi per conseguenza la ordinaria dottrina del tentativo ha ravvisato un titolo di *subornazione mancata* nella fattispecie del testimone subornato che dopo avere compiuto la sua deposizione mendace siasi ritrattato in tempo utile per salvare sè stesso. Merita esame la dissertazione anonima che leggesi nella *Temi Zanclea anno* 3, *n.* 2. Per la vecchia pratica può vedersi Bardelloni *cons.* 158. E voglio ancora avvertire che in faccia ai diritti positivi la questione può mutare d'aspetto secondochè l' articolo del codice ha detto — pena del *falso testimonio:* oppure ha detto — pena della *falsa testimonianza.* Il tentativo di subornazione di testimoni è letteralmente e severamente punito dal codice dello Impero tedesco al §. 159.

§ 2722.

2.ª Questione — Altro dubbio sorge in proposito della degradante desunta dal *proprio pericolo*. Ho mostrato di sopra (§. 2692) come per i principii della scienza debba mandarsi impunito quel testimone che mentì per salvare sè stesso o il figlio o il fratello od il coniuge da un' accusa criminale: ed ho pure mostrato come il codice Toscano all' articolo 275 abbia, in omaggio della giustizia, dato a siffatta regola una solenne sanzione. Parità di ragione non dovrebbe essa portare ad estendere la stessa regola anche al subornatore? Chi subornò un testimone per sottrarre sè stesso od un figlio da gravissima pena non merita egli uguale scusa per la pressione esercitata sull'animo suo dalla coscienza del proprio pericolo, quando tale scusa si accorda a chi perseverò più tenace nel menzognero proposito, arditamente affrontò la giustizia, ed usò ogni sua forza per ingannarla? Qualunque sia la soluzione che possa accogliersi in faccia al testo del codice Toscano, che non riproduce a riguardo del subornatore la savia disposizione dell' art. 275; qualunque sia la forza della discretiva che voglia argomentarsi da siffatto silenzio; apparirebbe manifesto che in faccia alla scienza i due casi dovessero parificarsi, perchè identica la ragione della coazione psicologica che spinse a delinquere, e niente dissimile l' audacia del fatto.

§. 2723.

Pure può sostenersi il contrario, quando la scusa del complice chiamato per testimone non si cerchi nella dottrina della coazione, ma bensì nella dottrina speciale della falsa testimonianza. Il falso testimone chiamato a deporre contro il correo o contro il coniuge non si scusa soltanto per benigno riguardo allo stato eccezionale dell' animo suo ma si esime da ogni imputabilità perchè manca la pietra angolare necessaria a dar base alla essenza del reato che gli si oppone. Egli non fu *testimone legittimo*, perchè chiamato a far da testimone dove la legge non permetteva lo si chiamasse (1). Fu un errore della giustizia il chiamarlo, e questo errore non deve riuscire fatale a lui. Non può punirsi il cittadino perchè il giudice agì contro la legge. Egli non ebbe intenzione di violare la legge, perchè sapeva che questa vietava il suo esame, e credette di potere legittimamente frustrare il tentativo di un atto illegittimo. Guardata la teorica sotto questo punto di vista si trova la ragione di non estendere al subornatore di teste non complice o non congiunto la impunità che si accorda a questo.

(1) Si disputò ancora se uguale scusa debba accordarsi *propter secretum* ai patroni che non possono essere esaminati come testimoni contro i loro clienti *(l. 25 ff. de testibus)* ai confessori, ai medici, ed in generale a tutti coloro che astretti dalla professione al segreto non possono per disposizione di legge essere condotti a romperlo col chiamarli a testificare. Rapporto al subornatore la questione della es-

cusante desunta da un proprio grave pericolo ebbe, come tante altre attenuanti della vecchia pratica, un significato ed una causa speciale quando s' irrogava la pena di morte ai subornatori di falsi testimoni anche in cause civili: come di tale consuetudine ne accerta fra i molti Giurba *consilia criminalia cons.* 5, *et cons.* 6; il quale al *cons.* 64 si occupa della definizione giuridica del reato emergente da un tentativo di subornazione non accettato dal testimone, e ne accerta della grande oscillanza dei dottori su questa ipotesi. Cominciando dal Baldo e dal Guazzino (*defens.* 28, *n.* 8) che insegnava non doversi dare pena nessuna; passando al Covarruvio, che voleva una pena straordinaria; si giunge al Bajardo e al Mastrillo, che vogliono la pena ordinaria come se la falsa deposizione si fosse ottenuta. Oscillazioni paurose sotto le quali per tanti secoli gemette la umanità, e derivanti dalla doppia cagione dell' arbitrio effrenato dei giudicanti; e del difetto di principii radicali nella scienza penale. Logica fu l' attenuante che a favore del subornatore suggerì Bertazzolo (*decis.* 61, *n.* 40) desunta dallo interesse proprio che aveva il teste a mentire: questo non è che uno svolgimento della regola per la quale i *motivi proprii* del mandatario minorano la responsabilità del mandante mostrando meno impulsiva al delitto la opera sua. Del resto la dottrina che *subornator non sit puniendus quando hoc fecit pro defensione patris, vel famae,* s' insegnò dal Castrense, dal Revertero, dall' Amescua, dall' Afflicto, dal Caravita, e da altri molti: vedasi Raynaldo *observationes cap.* 18, §. 9.

§. 2724.

Oltre a ciò la parificazione della scusa non corre, perchè il testimone all' atto del testificare venne *coatto:* laddove il subornatore agì spontaneamente. Il primo nel bivio o di mentire o di tradire sè stesso

vi fu gettato da una forza maggiore. Il secondo poteva restare *inattivo*, e scelse di agire per una libera determinazione della sua volontà. Ciò non ostante una certa equità consiglierebbe sempre ad accordare una minorante agli stretti congiunti ed anche ai complici dell'accusato che subornarono il testimone per fine della salvezza propria o dei loro cari (1). Ma una regola d' impunità assoluta per tutti i congiunti del giudicabile in favore del quale fu fatta la subornazione, sarebbe troppo pericolosa. In ordine però agli stessi accusati io ho osservato nella mia pratica che i buoni giudici valutano l' antico precetto *ignoscendum ei qui sanguinem suum redimere voluit*, e mai vidi tradurre in giudizio come subornatori di testimoni a difesa gli accusati di gravi delitti che avevano cercato la propria salvezza in questo disperato rimedio.

(1) Giammai però potrebbe accordarsi una scusa al difensore. Per quanto sia lodevole che il patrono ponga affetto caldissimo negl' interessi del suo patrocinato, tale affetto non deve mai fargli scordare la santità del suo ufficio, che è quello di essere innanzi tutto sacerdote del vero. E neppure la più stretta parentela potrebbe essere scusa quando la subornazione non fosse diretta a semplice difesa dell' accusato, ma anche ad offesa altrui. Fra la subornazione a discolpare e la subornazione a calunniare intercede un abisso morale e giuridico.

§. 2725.

3.ª Questione — Finalmente può disputarsi quali siano le condizioni del *materiale* (1) del reato di subornazione. Dove la legge non contempli questo

titolo si rientra nelle regole generali: e con tutti quei modi coi quali si addiviene complici di qualsisia delinquente può addivenirsi complici di un falso testimone. Ma dove il codice vegliante abbia nel dare la nozione del titolo speciale di subornazione definito certi *modi* di subornare, il giudice deve strettamente aderire a codesti *modi*, ed i medesimi devono formare argomento di particolare questione, ed essere dichiarati costanti in fatto perchè possa applicarsi il titolo che si obietta. Ciò è intuitivo, perchè (come ho in cento occasioni osservato) la legge che nella nozione di un reato esemplifica certi modi senza aggiunta di clausula generale, costituisce di ciascuno di quei modi altrettanti elementi essenziali del malefizio.

(1) Ben lungi dallo esigere speciali condizioni al materiale della subornazione le antiche pratiche di Francia pretesero stabilire la dottrina della *subornazione presunta*. Questa si ravvisò da alcuni nella semplice somministrazione di denaro al testimone; Catellan *arrêts notables livre* 9, *chap.* 7: altra volta fu ritenuta la subornazione per presunzione per avere la parte preparato in iscritto al testimone la minuta della sua deposizione: *Journal des audiences tom.* 4, *pag.* 650. Ripeto che nel giure penale odierno non vi è presunzione che supplisca alla prova specifica del delitto.

§. 2726.

Questa osservazione è feconda di risultamenti se facciasi comparazione tra i codici contemporanei. Il codice Toscano all'art. 274 usa formula generale *o in altro modo qualunque*, che più effrenata non sa con-

cepirsi. A lui basta che si sia subornato il testimone, e se ciò sia avvenuto spetta al giudice il dirlo, ma la legge è indifferente ai mezzi che si sono scelti ed usati dal subornatore per vincere l' animo del testimone purchè tale effetto siasi prodotto. Ma il codice Francese all' art. 365 non porgendo alcuna clausula, nè speciale nè generale, indicativa dei mezzi adoperati ha dato occasione a divergenze su questo argomento. Carnot *(commentaire à l' article 365, vol. 2, pag. 113)* opinò che dichiarata la subornazione come effetto ottenuto niente importasse cercare i mezzi coi quali erasi procacciata. O fossero doni, o minacce, o preghiere, od inganno, tutto era l' istesso: ed a questo sistema egli trovò appoggio in nn giudicato di rigetto della Cassazione di Francia del 9 novembre 1813. Ma posteriormente per ulteriore svolgimento del principio ormai accolto in Francia che la subornazione fosse niente più che un fatto di complicità, si subordinò l' art. 365 all' art. 60 dello stesso codice, e poichè questo la complicità morale non ravvisava in qualsisia provocazione al delitto, ma in quella soltanto che fosse fatta al mezzo di *doni, promesse, minacce, abuso di potere, macchinazioni o artifizi colpevoli*, si decise che a render costante il materiale della subornazione non bastava dichiarare il fatto di *aver subornato*, ma bisognava inoltre avere assodato e dichiarato il concorso di alcuno di quei *mezzi* (doni, minacce ec.) che l' art. 60 tassativamente richiedeva come estremi della complicità morale. In questo senso scrisse Molenes *(de l' humanité dans les lois criminelles part. 2, chap. 3, §. 4, pag. 485)* e nel senso stesso si pronunziò la Cassazione nel decreto del 30

maggio 1851, affare *Truffaut;* e nell' altro del 22 febbrajo 1855, affare *Prugiere,* ed in quello del 1 marzo 1855, affare *Briscontier* (1).

(1) Vedasi peraltro Blanche *(cinquième etude, pag.* 435) ed i sette giudicati della Cassazione di Francia che ivi allega come conformi. Ma nella ipotesi che il *mezzo adoperato* sia stato lo inganno del testimone, di guisa che egli abbia deposto il falso nella credulità di deporre il vero, la stessa Cassazione col decreto del 9 settembre 1852 affare *Lacouturiere* ha sanzionato la impunità del subornatore, perchè continuando a contemplare la subornazione come un fatto di complicità, non è sembrato potersi ammettere complicità dove non era dolo nell' autore principale. Questa decisione peraltro fu censurata da Blanche. Ed in massima io non veggo differenza fra chi inganna la giustizia col mezzo di un testimone *ingannato,* e chi la inganna col mezzo di un testimone *ingannatore;* come non vi è differenza fra chi fa dare ad altri il veleno da un *servo ingannato,* e chi lo fa dare da un servo che siasi renduto suo doloso strumento. Queste fluttuanze derivano dal considerare il subornatore come *complice,* e dal voler punire il *falsa testimone* (che non esiste dove non è dolo nel fidefaciente) anzichè punire la *falsa testimonianza,* la quale *obiettivamente* è sempre *falsa testimonianza,* ed è sempre una offesa permanente alla giustizia, sebbene alcuno di coloro che vi presero parte fosse in buona fede, e *subiettivamente* non esistesse una falsa testificazione.

§. 2727.

Ed anche a questo punto dei mezzi s' incontra in quella giurisprudenza una soluzione di problema assai degno di essere notato. Parlo della ipotesi di un testimone che a buona fede sia venuto a deporre il falso perchè altri con fina malizia lo aveva in-

gannato su ciò. Questo artifizio io incontrai nella mia pratica più di una volta come strattagemma per costruire l'*alibi*. La operazione è altrettanto semplice quanto sicura. Il colpevole si è trovato in un crocchio con un amico il quale aveva preparato il suo orologio in anticipazione di un'ora o più, e quando questi al mezzo dell'oriuolo mendace ha persuaso tutti i circostanti di una ora diversa dal vero, egli se ne allontana e va a consumare il delitto. Tutta quella gente così ingannata sarà pertinace testimone per asserire al Tribunale che colui a quella data ora trovavasi in loro compagnia, e così non poteva essere a grande distanza di là ad uccidere, rubare, o simili. Certo è che questi testimoni deponendo in buona fede (perchè ingannati dall'altrui malizia) cosa non vera, non si resero colpevoli di falso quantunque asseverassero il falso. Ma che dire dello amico che ingannò tutti costoro facendo il maneggio dell'oriuolo, o per altra simile frode? Il senso morale suggerisce che costui debba essere punito per la offesa recata alla giustizia ad impulso suo anche da agenti non imputabili per lo errore di fatto. Ma la logica della dottrina dei connessi si oppose a tale conclusione nei tribunali di Francia, e quantunque l'art. 60 comprendesse anche le *macchinazioni ed artifizi* fra i modi di complicità morale politicamente imputabile, si decise nel presente argomento che qui non vi era subornazione punibile. Così fu giudicato dalla Cassazione di Francia in simili termini il 9 settembre 1852, affare *Lacouturier*, e il 22 maggio 1816, affare *Gachier*. Certamente in tale ipotesi non faceva difetto lo elemento della macchinazione ed artifizi colpevoli

richiesto dall' art. 60. Che forse può in termini generali affermarsi la *punibilità dell' autore principale* essere condizione indispensabile alla punizione del complice? Oppure può distinguersi fra non punibilità dell' autore per difetto *assoluto* di responsabilità personale, e non punibilità per causa *di errore di fatto!* Lo effetto della irresponsabilità dell' autore materiale (infante, demente, errante) è costantemente questo che tutta la responsabilità si devolva su chi dolosamente lo mise in moto e ne fece suo cieco strumento. Questo è il cardine necessario alla tutela giuridica, che senza siffatta regola scomparirebbe in faccia a quegli scellerati che usassero l' artifizio di servirsi di esseri irresponsabili a consumare il delitto voluto. Io non so vedere differenza tra il fatto di chi porge arsenico alla mia fantesca, dandogli a credere che sia sale comune affinchè dessa incautamente mi prepari la morte; ed il fatto di chi con frodi studiate insinua il falso nell' animo del testimone affinchè egli venga incautamente a deporlo come vero. In ambo i casi il disegno criminoso raggiunse la sua oggettività senza dolo per parte dello esecutore materiale, ma con dolo raffinato di chi diede impulso a quel suo cieco strumento, e troppo riuscì mercè quella sua lunga ed inconsapevole mano, a ferire la legge (1). O come dunque nel tema speciale di subornazione si proclamò la impunità di questa raffinata malizia? Io rimango perplesso, e non so darne ragione a me medesimo, tranne tornando a quella vieta sentenza che le leggi eccessivamente severe divengono spesso tele di ragno (2).

(1) In questo punto fu avveduto ed esplicito il codice Sardo, che all' art. 368 comprese fra le subornazioni punibili anche lo *inganno* con cui alcuno avesse indotto il testimone a fare in buona fede una falsa deposizione. Anzi questo codice andò più oltre, perchè fra le aggravanti del subornatore, oltre la *violenza* e la mercede (che vi stanno senza disputa) noverò ancora lo inganno; lo che può essere disputabile. Io ho aderito a riconoscere nello inganno del testimone una forma di subornazione punibile. Ma sempre però bisogna convenire che questa è una subornazione *impropria*, perchè vi manca la corruzione dell' animo del così detto subornato. Laonde non aderirei con altrettanta facilità a riconoscervi un caso di aggravamento. La sottile esattezza dei vecchi pratici avrebbe detto che in questo caso vi era piuttosto uno stellionato (secondo il linguaggio loro), una frode, piuttosto che un falso, perchè nello agente del falso mancava la coscienza del falso. Non voglio riprodurre questa dottrina: ma rovesciare la medaglia, e convertire il caso improprio in un caso aggravato mi sembra troppo.

(2) I romani punivano i subornatori come correi del falso testimone. Nell' antica Francia fu mantenuta questa parificazione; ed una ordinanza di Francesco I puniva di morte così gli uni come gli altri, anche quando trattavasi di falso deposto in un giudizio civile; ed altra di Enrico III del 1585 confermò questa penalità (Jousse *justice criminelle tom. 3, pag. 427, n. 22*) e parecchi Parlamenti furono tenaci nello applicare l' antica severità (Paponio *arrestor. lib. 24, tit. 10, n. 8* — Brillon *dictionnoire, mot peine, n. 18*) quantunque nella pratica questo rigore venisse poscia modificato sovente a seconda dei casi: così Brillon (*mot témoin, n. 18*) ricorda un giudicato del 12 maggio 1559 col quale il Parlamento di Tolosa condannò all' ammenda onorevole ed al bando per 10 anni il sostituto del regio Procuratore di Beaumont convinto di aver subornato i testimoni contro l' accusato.

Titolo VII.

Spergiuro

§. 2728.

Il titolo di *spergiuro* si noverò dai vecchi criminalisti fra i reati contro la religione; e le false nozioni del giure penale, per cui tanto spesso si confuse il peccato col delitto, condussero quelli a considerare la violazione del giuramento come prevalente alla violazione della giustizia, perchè valutando la offesa alla divinità come criterio della punizione anzichè la offesa sociale, si osservò che lo spergiuro negava col suo fatto che Dio fosse vindice dell' abuso del suo nome, e commetteva sacrilegio. Laonde in parecchi institutisti il titolo di *spergiuro* assorbì in sè stesso il titolo di *falsa testimonianza* ed anche quello di *calunnia*. Rettificate coteste idee nella scienza penale dovette avvenirne che la falsa testimonianza e la calunnia si eliminassero dal titolo di spergiuro; che la nozione di questo si specializzasse (1) e che tanto questo quanto quelli si riferissero ai reati contro la pubblica giustizia.

(1) Bibliografia — Gherardi *de crimine poena perjurii* — Wichmannshausen *de perjurio judiciali* — Puttmann *elementa* §. 110 *et seqq.* — Fichtner *dissert. de variis perjuriorum poenis* — Hellbach *selecta criminalia posit.* 90 — Setser *de juramentis lib.* 1, *cap.* 27 — Van Nissen *de perjurii jurejurando litis decisorio conditione* — Royaards *ad poenas perju-*

rii etc. ex lege mosaica et romana cap. 1 — Leyser *meditationes in pandectas spec.* 567, *medit.* 15 *et seqq.* — Silberrad *de formulis juramentorum et poena perjurii* — Ayrer *de usu et abusu juramentorum sect.* 3, *Gottingo* 1741 — Raevardus *Variorum lib.* 2, *cap.* 3 — Cremani *de jure criminali lib.* 2, *cap.* 2, *art.* 3 — Melchiori *del falso cap.* 1 — Rivini *de poena perjurii juris civilis et patrii* — Strecker *de perjurii poena* — Carmignani *elementa juris criminalis* §. 875 *et seqq.* — Giuliani *istituzioni vol.* 2, *pag.* 75 — Pessina *trattato di penalità speciale* §. 66, *vol.* 2, *pag.* 110.

§. 2729.

Oggi dunque allo spergiuro non può adattarsi l' antichissima definizione che lo contemplava come delitto religioso — *quaevis dolosa jurisjurandi violatio:* e neppure può accettarsi la definizione che ne diede Carmignani (*elementa* §. 777) — *jurisjurandi solemniter et ad normam legis praestiti dolosa violatio ad alterum decipiendum vel laedendum adhibita,* perchè questa definizione includendo la falsa testimonianza si estende oltre il definito. La moderna nozione dello spergiuro bisogna dunque cercarla in un concetto limitativo: *è la violazione del giuramento commessa intorno a cosa di proprio interesse pecuniario in un giudizio civile;* e tale concetto risponde all' uso invalso presso molti criminalisti contemporanei di denominare questo reato *spergiuro in causa civile.* Ma anzichè cercare gli estremi di questo titolo sia nelle forme solenni (1) del giuramento, sia nella dolosa intenzione, è prezzo dell'opera indagare quando lo *sper-*

giuro possa rettamente noverarsi fra i delitti civili, e se mai lo possa.

(1) Furono molti quelli che dolenti della frequenza degli spergiuri aguzzarono lo ingegno loro a studiare i mezzi di prevenirli. A questo fine furono dirette le cure speciali relative alla *solennità della forma:* di qui l' obbligo della genuflessione; la sostituzione della immagine in rilievo alla immagine dipinta; la presenza di un sacerdote; ed altre simili cautele. Fuvvi anche chi propose una formula *imprecativa:* ma ciò parve contrario alla religione. Su questo tema disputarono in diverso senso Setser *(de juramentis)* e Ludovico *dissert. de solemnibus juramenti cap.* 2, §. 12, 13. Anche i Romani ebbero come importante la diversità della formula con la quale deferivasi il giuramento: Raevardus *variorum lib.* 5, *cap.* 5 — Reynoldo *opuscula juridica cap.* 15, *pag.* 120.

§. 2730.

Ho già accennato che la violazione del giuramento non presenta per sè stessa elementi di politica imputabilità in quanto contiene la offesa alla religione. Anticipo qui ciò che sarà svolto più in largo quando parlerò dei delitti religiosi, vale a dire che le offese alla divinità ed i sacrilegii per quanto empi ed abbominevoli non possono mai dalle autorità civili elevarsi a delitto tranne quando estrinsecandosi in un oltraggio alle credenze popolari presentino un vero danno politico. Siffatto carattere non ha il sacrilegio che commettasi con lo spergiurare; al che si trascende per fine di privato interesse e non per animo ostile alla religione (1): dunque lo spergiuro non può noverarsi fra i delitti religiosi; e bisogna cercargli un altro obiettivo giuridico.

(1) Vedasi in questa opera il §. 3257.

§. 2731.

Correndo su questa linea troviamo che il giuramento può essere o *promissorio* o *assertorio*. È *promissorio* quando chi vuole astringere sè stesso ad un vincolo obbligatorio verso altri promettendo di dare, o di fare, o di non fare in avvenire una qualche cosa fortifica la propria promessa col giuramento. È *assertorio* quando taluno afferma o nega un fatto preterito sotto il vincolo del giuramento. Volfio (*elementa juris naturalis et gentium* §. *371*) chiamò la violazione del primo giuramento *periurium*, e la violazione del secondo *peieratio*.

Il giuramento *promissorio* o si prestò con animo di violarlo, e per meglio circonvenire la parte con la quale si contrattava; o non apparendo di ciò bisogna dirlo violato posteriormente quando non si adempì alla promessa o per mutato consiglio o per cagioni sopravvenute. Nel primo caso quando consti della intenzione malvagia potrà nel giuramento trovarsi un artifizio colpevole per obiettare il titolo di frode. Nel secondo caso lasciando ai moralisti la cura di decidere se o quando s'incorra nello spergiuro colpevole col mancare alla data fede, non vi è mai per la umana giustizia bisogno di repressione penale. Infatti o la obbligazione che si volle convalidare col giuramento era rispettata dalle leggi civili, o era dalle medesime condannata come nulla. Nel primo caso provvede sufficientemente ai bisogni l'aziono civile, ed il magistero di coazione che astringerà lo inadempiente alla osservanza dei patti.

Nel secondo caso non può ammettersi che si conculchi e si derida la legge civile col pretesto di una querela criminale. La legge civile che vieta (a modo di esempio) i patti usurarii (1), le obbligazioni dei figli di famiglia, dei minori, o simili, diverrebbe lettera morta. Colui che avesse stipulato contro la legge non avrebbe che a chiedere dal promittente il giuramento: e poscia con la minaccia della querela e del carcere lo terrebbe a sè incatenato a dispetto dei più energici provvedimenti della legge civile. La storia della vecchia pratica somministra innumerevoli prove di queste intollerabili conseguenze. Ammettere ciò sarebbe contradittorio ed impolitico, e la punizione cagionerebbe un danno sociale, mentre la impunità non cagiona alcun danno, e giova alla osservanza della legge.

(1) Oggi che il ripiego del giuramento e della querela di spergiuro è venuta meno agli usurai, essi hanno immaginato altro giuoco. Quando un minore si presenta a loro per aver denaro glielo danno a gravissima usura, ma esigono come condizione che faccia loro di proprio pugno una falsa cambiale firmata col nome del padre, o del zio, o di altro ricco congiunto. Venuto il giorno della scadenza si presentano con la cambiale al supposto soscrittore. Questi è pronto a negare la firma ed il pagamento; ma l' usuraio minaccia la querela criminale contro il figlio o contro il nepote, e bisogna chinare la fronte e transigere. Ad uno di questi vampiri che aveva in Lucca accalappiato con tale manovra parecchi giovani di buone famiglie, io diedi una utile lezione. Promossi contro l' usuraio la querela di partecipazione nella falsità; il pubblico Ministero zelantissimo entrò nelle mie vedute anche pei reclami che parecchi padri di famiglia inoltrarono a lui: la partecipazione e l' artifizio furono lu-

minosamente giustificati; e l' usuraio condannato a due anni di carcere come istigatore doloso al delitto di falso. Non sarebbe forse inopportuno che a queste male arti provvedesse la legge penale con esplicite disposizioni.

§. 2732.

In quanto al giuramento *assertorio* si distingue di nuovo secondo che lo spergiuro intervenne, o in un *contratto*, o in un *giudizio*. Se intervenne in un contratto civilmente obbligatorio, ove (a modo di esempio) il contraente giurò di essere maggiore mentre era minore, o giurò esser propria o libera la cosa che era altrui o già vincolata, siamo nei termini della frode; e nelle penalità minacciate contro la medesima trova sufficiente protezione il diritto violato (1).

(1) Dove si manteneva e si mantiene la pena dello spergiuro incontrasi la elegante questione relativa alla negazione indistinta che diasi alla posizione complessa (Covarruvio *variarum resolutionum lib.* 1, *n.* 3 — Strykio *dissertat. vol.* 9, *disp.* 20, *cap.* 5, *n.* 9 *et seqq.* — Marsilio *singul.* 177, *n.* 1 — Parladoro *rerum quotidianarum lib.* 1, *cap.* 2, *n.* 17 — Guttierez *de juramento lib.* 1, *quaest.* 60, *n.* 4) che in parte sia vera ed in parte sia falsa. Molte distinzioni fecero i pratici accattate dai moralisti e dai canonisti. Si suggerì la cautela di rispondere, *nego il fatto nel modo con che è posto*. Ma anche senza tale cautela si opinò non potersi punire. La singolarità del caso sta in questo che se il fatto è in parte vero ed in parte falso avrebbero spergiurato entrambe le parti. Avrebbe spergiurato l' attore che affermò la parte falsa del fatto: avrebbe spergiurato il reo convenuto che negò la parte vera. Sicchè bisognerebbe

punirli ambedue per avere giurato il falso sullo identico fatto l' uno con lo affermarlo e l' altro col negarlo; lo che parrebbe contradittorio. Guardata legalmente la questione presenterebbe una scusa a favore del reo che fu costretto a rispondere, e non la presenterebbe a favore dell' attore che spontaneamente usò lo artificio della interrogazione composta in modo delfico. Se il reato si perseguitasse ad azione privata potrebbe forse applicarsi la teoria della compensazione. Ma io non credo che simile caso possa subordinarsi ad una regola generale. Dipenderà dalle circostanze, e spetterà alla prudenza del giudice decidere se e da qual parte vi fosse un dolo meritevole di coercizione penale.

§. 2733.

Se poi il mendacio nel giuramento assertorio intervenne in un giudizio civile si distingue di nuovo: o lo spergiuro cadde sopra cosa che la legge vietava si provasse col mezzo di testimoni o congetture richiedendone prova scritta; o cadde su cosa per la quale la legge permetteva la prova testimoniale e argomentativa. Nella prima ipotesi ricorrono le ragioni dette di sopra per mostrare impolitica e nociva la punizione dello spergiuro. La legge che per alti motivi di ordine pubblico vieta la prova testimoniale di certi patti ed oltre certi valori, e vuole la prova scritturale, sarebbe continuamente elusa se si ammettesse la querela criminale di spergiuro. Colui che in spreto della legge volesse contrattare senza scrittura non avrebbe che a dare il giuramento nel giudizio civile; e poscia querelandosi di spergiuro in criminale produrrebbe là i suoi testimoni e le sue presunzioni; e costituitosi parte civile otterrebbe a titolo di danni ciò che la legge gli negava mezzo di ottenere con tali prove nel giudizio civile. Il con-

flitto fra la legge criminale e la legge civile sarebbe palpabile, ed il dettato di questa conculcato e deriso. Tutti i migliori pubblicisti combatterono simile sistema, e la giurisprudenza di Francia si pronunciò più volentieri (1) contro il medesimo, quantunque il codice penale del 1810 ammetta indistintamente la punizione dello spergiuro (art. 366) nei giudizi civili. Il conflitto dei due codici portò quella giurisprudenza ad interpetrare il dettato penale come subordinato al dettato civile, ed a considerare i due codici come due fratelli, e non come due nemici che a vicenda si divorassero. La legge penale, fu detto, deve applicarsi in quei casi nei quali la legge civile permette la prova testimoniale e congetturale: dove questa è vietata deve la querela respingersi con un decreto di non luogo a procedere; perchè deve dichiararsi non essere luogo a procedere tutte le volte che la prova del fatto denunciato è *impossibile:* e una prova è certamente impossibile quando la legge la vieta. Argomentazione saldissima. Uguale ostacolo contro la querela di spergiuro si trovò pure nel caso di giuramento decisorio. Qui si disse vi è transazione: la legge civile (codice civile Francese art. 1366, Italiano 1370) vieta alla parte di provare la falsità del giuramento decisorio da lei deferito. Ammettendo la querela la legge penale contradirebbe la civile, e darebbe agio a fare indirettamente ciò che direttamente è proibito di fare. Non vale distinguere fra parte e pubblico Ministero, fra azione pubblica e azione privata, fra pena e danni: perchè il divieto della legge civile non distingue i *fini* e le *conseguenze* della prova contraria al giuramento decisorio; ma questa recisamente vieta con termini assoluti.

(1) In questo senso decise già anche la vecchia Rota criminale di Lucca col decreto del dì 10 febbraio 1852 in causa *Ambrogi* contro *Citti*, quando nel Ducato di Lucca aveva tuttavia pieno vigore la legislazione penale francese, modificata però nella parte del procedimento criminale con utilissime correzioni, che esposi nel mio scritto sulla *procedura lucchese* inserito negli *opuscoli vol.* 2, *opusc.* 12, *pag.* 41. E nello stesso senso si pronunciò più di fresco la Corte di Cassazione di Torino col decreto del 7 luglio 1866. Traboccano poi le dottrine francesi. Ma è da notarsi che nella procedura di Francia non si conosce il metodo delle posizioni, giacchè gl' interrogatorii su fatti ed articoli si danno senza giuramento. Ora anche nel diritto comune vi era chi insegnava che quando trattasi di *giuramento decisorio* la virtù del contratto giudiciario, ed il rispetto che gli si deve, porta alla conseguenza che la parte dopo averlo deferito o referito non possa evitarne gli effetti dando querela di falso e istituendo su questa una domanda di danni ed interessi; ed in questo senso dettarono speciali sanzioni diversi statuti d' Italia, per esempio lo statuto di Riva del 1274 *lib.* 3, *cap.* 32; e lo statuto di Trento del 1527 *lib.* 3, *cap.* 76. Vedasi Voet *in pandectas tit. de jurejurando n.* 5 — Carnot *commentaire à l' art.* 366, *n.* 7, *cod. pén.* — Mangin *de l' action publique n.* 173 — Chauveau et Helie *théor. cod. pén. tom.* 6, *pag.* 480 — Cassazione di Francia 16 agosto 1844 affare *Benoni* — Morin *art.* 7769, 8010 *et* 8245. Vedasi ancora la dissertazione di Giraud nella *Revue critique tom.* 25, *pag.* 247. Fuvvi però chi tentò conciliare il rispetto alla legge punitiva dello spergiuro con il rispetto alla legge civile che interdice d' insorgere contro il giuramento decisorio, e che interdice di far prova testimoniale per somma superiore: e il mezzo conciliativo credette trovarsi nel far valere il processo criminale ai soli fini penali senza mai darne alcun profitto alla parte: Bonnier *traité des preuves n.* 427, *edit.* 3 — Cassazione 21 agosto 1834 affare *Helitas*. Ed altra volta fu detto che il principio di prova scritta

poteva risultare dalla confessione dell' accusato nel processo criminale: Cassazione 21 gennaio 1843 affare *Mazard*. Ma tutte queste distinzioni, e tutte queste oscillazioni, che a noi non spetta lo esporre, mostrando che vi sono dei casi nei quali lo spergiuro si può punire e dei casi nei quali la legge civile si oppone a che sia punito, persuadono ad uscire da tante ambagi e lasciare in oblio questo titolo di delitto; del quale in fine dei conti la vittima è sempre essa medesima rimproverabile di poco accorgimento e poca cura dello interesse proprio. Il senso morale non si presta a veder dipendere la punibilità dalla distinzione tra giuramento decisorio suppletivo ed estimatorio; tra un franco più e un franco meno; tra principio e non principio di prova scritta, che d' altronde è nello arbitrio del giudice dichiarare o no concorrente. O è giusto che chi col giurare il falso in giudizio usurpò l' altrui sia punito, o non è giusto. Io non capisco distinzioni di forma in faccia alla giustizia penale. L' Ayrer (*de usu et abusu juramentorum sect.* 3, §. 7, *pag.* 304) sostiene doversi dettare per principio che provata criminalmente la falsità del giuramento decisorio si debba concedere la reintegrazione del giudizio civile. Io su questa disputa tanto agitata della *punibilità dello spergiuro civile* tengo soltanto come apodittica una proposizione, ed è questa; che il *legislatore deve sempre obbedire alla signoria della logica*. O si deve chiuder per sempre ogni verificazione sulla cosa giurata a tutti gli effetti: o se si ammette la prova della falsità del giuramento decisorio in criminale, bisogna dar luogo alla reintegrazione del danneggiato in via civile. Un delitto che si punisce con una mano, mentre l' altra mano respinge l' offeso dalla indennità del delitto, è un controsenso giuridico. Il processo criminale e la condanna accrescono la forza morale oggettiva del delitto perchè lo rendono certo e notorio, ed è uno scandalo pubblico che chi col falso giuramento carpì un palazzo a cui legittimamente spettava, si vegga dalla città processato convinto e condannato come spergiuro, e poi dopo qualche anno di carcerazione si vegga

godere tranquillamente il palazzo rubato, con insulto perenne all' offeso, alla giustizia, ed alla pubblica morale.

§. 2734.

Condotta a questo punto la dottrina rimarrebbe punibile lo spergiuro della parte in giudizio allora soltanto che la legge civile permettesse la prova testimoniale. Ma qui si osservò la repugnanza che sorgeva fra la impunità guarentita per il fatto più grave, e la pena fulminata contro il fatto più leggiero. Chi spergiurò per carpire i mille o i diecimila franchi sarà al coperto non solo dalla pena ma anche dalla procedura penale: chi invece carpì con lo spergiuro i venti o i cinquanta franchi dovrà essere rigorosamente punito? Questo è assurdo. Al momento che siamo nella necessità di lasciare senza pena un reato quando è più grave, la giustizia distributiva comanda che quel reato si lasci impunito anche quando è più leggiero. Sarà una spiacevole necessità, ma è una necessità imposta dalla logica e dalla giustizia. Così si venne dai più moderni criminalisti ad insegnare, e da qualche legislatore a proclamare, che il titolo di spergiuro dovesse esulare dai codici penali (1).

(1) Codice di Neufchatel del 19 gennaio 1856. Nè molto è da rammaricare l' abolizione di questo titolo se si ricordano, sulla testimonianza dei pratici, i sotterfugi e i mezzi termini di una casuistica la quale edotta alla scuola delle restrizioni mentali facevasi strada a giurare il falso nella propria lite con termini che salvassero la coscienza. Il Pancirolo (*de claris legum interpretibus pag.* 144) narra che Cino da

Pistoia, celebre giureconsulto, ma di pessima fede, avendo ricevuto da un ebreo dei denari in prestito, ed essendo stato per i medesimi convenuto, dichiarò di averli restituiti. Il giudice gli ordinò di giurare sulla restituzione ed ei se ne chiamò pronto: egli aveva fatto accomodare dentro un bastone la somma equivalente in oro. Quando stava in faccia al giudice per giurare porse il bastone all' ebreo perchè glielo reggesse mentre giurava. E così tranquillamente giurò di aver restituito il denaro. Queste transazioni di coscienza non varrebbero certamente nel foro ad evadere la pena dello spergiuro. Ma non è men vero che anche nel foro si accoglievano e si accolgono tuttavia, dove si mantiene questo titolo di reato, distinzioni sottili che sono altrettante porte alla impunità. Così si escluse il dolo nel giuramento di credulità e nel giuramento *estimatorio:* vedasi Giordani *commentario al codice penale Austriaco vol.* 1, *pag.* 373. E qui avvertiro che questo scrittore tratta ad occasione del giuramento della parte la questione che ho esaminato di sopra (§. 2673 nota) in proposito dei dissidenti chiamati a giurare come testimoni; e la risolve nel senso da me preferito, e mostra esser questa la pratica costante nei tribunali di quell' Impero dove più abbondano i dissidenti — ivi — *Coloro, ai quali la propria religione non permette di giurare, ma che reputano una solenne promessa essere inviolabile al pari che nelle altre religioni il giuramento, non debbonsi forzare a prestarlo. Si dovrà però contentarsi di ritrarre da questi una solenne promessa accompagnata dal porgere della mano, previa ammonizione che debbano dire la verità sotto la pena legale dello spergiuro* (Aulico decreto 10 gennaio 1816, nella collezione n. 1201). Anche la Corte di Appello di Lucca nel decreto del 7 novembre 1868 ha stabilito identica massima. Questa regola è stata convertita in legge positiva dal regolamento di procedura penale austriaco del 29 luglio 1853 al §. 131 — ivi — *il testimone appartenente ad una società religiosa alla quale per legge*

è concesso ricusare un giuramento formale farà in sua vece una dichiarazione solenne di asseveranza.

§. 2735.

Malgrado queste osservazioni esistono tuttavia presso molti popoli culti leggi che puniscono come delitto lo spergiuro nel giuramento assertorio in causa civile. Di questo titolo si fece grandissimo abuso nelle vecchie pratiche ed anche nella pratica toscana più vicina a noi per causa del brutto sistema delle posizioni giurate, dominante nella procedura civile. Il metodo del duplice giuramento col quale l'attore ponendo afferma, ed il reo convenuto rispondendo nega, porta alla conseguenza che in ogni giudizio civile dove si apre lo esperimento delle posizioni vi deve essere inevitabilmente uno spergiuro. Di qui ebbe origine tutta quella vasta dottrina che occupò i pratici alla materia dello *spergiuro in posizioni*. Di qui le distinzioni fra posizione falsa *in parte* e falsa *in toto;* fra giuramento di *verità* e giuramento di *credulità;* e cento altre sottigliezze con le quali una casuistica flessibile cercò di salvare li spergiuri dalle pene spesso esorbitanti (1) minacciate contro di loro.

(1) Sotto le false religioni oscillarono i pensieri dei filosofi e dei giuristi. Gli egiziani, per quanto attesta Diodoro (1, 77) punivano lo spergiuro di morte. I romani al contrario sembra che nei tempi pagani non desumessero ragioni di punire dalla violazione del giuramento. Certo è che Cicerone (*pro Roscio cap.* 16) apertamente proclamò non esservi differenza neppure sotto il punto di vista religioso fra la

menzogna e lo spergiuro — ivi — *Quid interest inter perjurium et mendacem? Propterea quae poena ab Diis immortalibus periuro, hoec eodem mendaci constituta. Non enim ex pactione verborum, quibus jus jurandum comprehenditur, sed ex perfidia et malitia, per quam insidiae tenduntur alieni, Dii immortales hominibus irasci et succensere consuerunt.* Anche i primi Imperatori romani proclamarono la regola che la violazione del giuramento prestato in nome degli Dii dovesse lasciarsi alla punizione divina: *l. 2 C. de rebus creditis et jurejur.*, e divenne celebre il motto *jurejurandi contempta religio sotis Deum ultorem habet*, quantunque vi abbiano interpetri che vogliono attribuire alla *leg.* 2 un senso diverso: Reynoldo *loc. cit.* Ma invece si spiegò rigore avverso coloro che avessero giurato *per genium Principis*, ravvisando in questo fatto la lesa maestà: *l.* 13, §. 6, *ff. de jurejur.; l.* 7, §. 5, *ff. ad leg. Jul. Majest.* Sulla qual formula di giuramento *per genium Principis*, probabilmente derivata dai costumi di Egitto, sono a vedersi Costa *praelectiones ad illustr. tit. pag.* 155 *et seqq.* — Reinoldo *variarum cap.* 15 — Ottone *dissert. de perjurio per genium Principis cap.* 3, §. 9 — Royards *dissert. ad poenas periurii, cap.* 1, §. 3 *et* 4. La Carolina all' art. 107 permetteva (notisi bene) il taglio delle due dita della mano con la quale si era giurato. Ma la pratica alemanna studiò ogni modo per declinare la irrogazione di tale pena, ora escludendo il dolo, ora sofisticando sulla forma del giuramento, ora richiedendo che si fosse fatto un precedente monito speciale a colui che giurava: Carpzovio *practica criminalis quaest.* 46, *n.* 52 — Strykio *usus modernus pandectarum tit. ad leg. Corn. de falsis* §. *fin.* — Beyer *in C. C. C. art.* 107, *pos.* 4, 5. Sicchè la pratica vi sostituì quasi sempre la fustigazione e la relegazione; e la pena divenne arbitraria: Hartmann Pistor *observ. singul. observ.* 150.

§. 2736.

Il codice Toscano all' art. 270 conservò le tradizioni della pratica mentre si manteneva tra noi il metodo delle posizioni nei giudizi civili, e lo puni col carcere da due a diciotto mesi. Anche il codice Sardo all' art. 374 aveva mantenuto questo titolo di reato, e lo puniva con la interdizione dagli uffizi civili e la inabilitazione a giurare: ma nel 1861 la riforma che subì quel codice per gli Stati meridionali abolì affatto l' articolo suddetto. Vedasi Cosentino *codice penale annotato pag. 260* (1).

(1) Il titolo di spergiuro ha trovato però un valente patrono nel Presidente Giuseppe Zanella, che con erudito scritto, riprodotto nell' *Eco dei Tribunali n.* 2021, ha impreso a sostenere doversi conservare nel novero dei delitti lo spergiuro nei giudizi civili. Bisogna peraltro avvertire che tutte queste dispute e divergenze sulla esperibilità e sugli effetti della querela di spergiuro per parte del privato che ne ebbe danno, colpiscono il caso semplice; il caso cioè nel quale si proponga la azione contro il solo reato di falso giuramento. Io non credo però che la intervenzione di un falso giuramento precluda la via al leso di portare querela per altro titolo differente di reato. Spiegherò la questione con un esempio. Io citai al rendimento dei conti un mio amministratore, e si impegnò questione fra noi sul bilancio da lui presentato che lo faceva mio creditore di diecimila lire. Per tedio del litigio volli troncarlo deferendo al mio avversario il giuramento decisorio; ed egli affermò il credito da lui vantato. Io pago, come è dovere, e ritiro il bilancio quietanzato ed i documenti in appoggio. Ma meglio esaminando allora questi documenti mi accorgo che ve ne ha di falsi, e procacciati

i relativi mezzi probatorii presento querela per falso documentale. Potrà egli l' avversario mio oppormi le teoriche relative alla querela di spergiuro e alla transazione giudiciale per impedirmi la costituzione di parte civile e la consecuzione delle indennità derivatemi da quel falso? Io vidi sollevarsi questo dubbio, ma non lo credo fondato. Anche concessa la teorica favorevole allo spergiuro nei più larghi suoi termini; ed anche accettata la teorica della transazione nel suo più ampio valore, soccorrerebbe sempre il principio che ammette potersi rescindere le transazioni quando ebbero in base il falso documentale. Riduco la mia opinione alla più stretta formula ed è questa — *la non punibilità dello spergiuro non osta alla punibilità di un precedente delitto che sia stato negato con uno spergiuro.*

§. 2737.

Dove peraltro (come avviene nella maggior parte delle legislazioni contemporanee) si conservi (1) lo *spergiuro* fra i titoli di delitto, rendesi importante la ricerca relativa *ai criterii misuratori* di questo malefizio. E tale ricerca dipende dallo stabilire il vero obiettivo del medesimo. Infatti — 1.° Se l' obiettivo del delitto di spergiuro si ravvisa nella offesa alla religione è chiaro che la quantità del reato non può avere condizioni variabili, salvo le degradanti. Ma la scuola moderna non può accettare questo pensiero, perchè non ammette delitto religioso dove l' animo dello agente non è *diretto* ad attaccare la religione — 2.° Nemmeno può trovarsi la obiettività giuridica dello spergiuro nel detrimento inferito al patrimonio privato. Già sotto il punto di vista morale è malvagità maggiore lo spergiurare per dieci lire che per mille. Ma poi le norme

dei delitti contro la proprietà privata non sono per modo alcuno adattabili al fatto presente. Non merita protezione speciale chi in spreto della legge civile non si procurò prova scritta dove quella lo imponeva: non merita protezione speciale chi per trascuraggine propria smarrì il documento: non merita protezione speciale chi per la falsa economia di non spendere nei testimoni o nella estrattura dei titoli ricorse al giuramento nel maligno disegno di condurre l' avversario in un tranello, e rovinarlo poscia con la querela. Io non credo assolutamente che a criterio misuratore dello spergiuro si possa assumere quello che domina nei reati contro la proprietà privata — 3.° Dunque se lo spergiuro in causa civile si vuol mantenere fra i delitti bisogna ravvisare la sua obbiettività giuridica nel mancato rispetto alla solennità del rito giudiciale. Ed allora bisogna cercare i criterii misuratori della sua quantità nelle sue condizioni intrinseche: e più severamente di ogni altro punire lo spergiuro che cadde sul giuramento deferito di *uffizio* dal giudice.

(1) La convenienza di mantenere una sanzione penale contro lo spergiuro della parte nei giudizi civili si è recentemente sostenuta con molto calore in apposita memoria dal Presidente Zanella. Al contrario la convenienza di abolire ogni sanzione penale contro lo spergiuro si è propugnata in una dissertazione dell'Avv. Antonio Scotti inserita nell' *Eco dei Tribunali* nei *num.* 2122, *e* 2123. Ad ovviare gli sconci nei quali urta così l' una come l' altra di tali opinioni vi è chi propone l' abolizione di ogni giuramento come mezzo di prova nei giudizi civili: lo che parmi sia uno sciogliere il nodo alla foggia di Alessandro. Altri tiene gran conto del pensiero che essendo nelle vedute delle moderne legislazioni

civili di estendere l' uso delle prove precostituite, il negare sanzione allo spergiuro è un mezzo indiretto di giungere a simile fine, perchè non avendo le parti speranza nella querela criminale si renderanno sollecite a procurarsi in ogni loro patto la prova precostituita. Mi fermo su questa osservazione e dico — 1.° che la mia esperienza non mi dà ragione di contare gran fatto sopra codesto calcolo, perchè ho vissuto in un paese nel quale dal 1806 al 1848 ha dominato la legge Francese con tutte le sue conseguenze relative allo spergiuro, ma non ho veduto allargarsi nel popolo l' uso delle prove precostituite — 2.° che sperare lo allargamento dell' uso della prova precostituita in Italia è una visione, a fronte dell' ostacolo che le fa da un lato l' enorme numero d' illetterati, e dall' altro lato la enormità dei dazi sugli atti pubblici — 3.° dico finalmente che questa argomentazione è del conio empirico, al quale non si adatta il mio stomaco; perchè non si dice di punire o non punire un delitto in ossequenza a ragioni di giustizia, ma bensì per calcoli finanziarii o per vedute indirette. Con tali fermo di ragionamento si potrebbe anche dire essere utile di non punire come frode chi spenda come carta moneta un biglietto di felicitazione della *banca di complimenti*, perchè così il popolo s' indurrà ad imparare a leggere. Rispetto le opinioni di coloro sui quali hanno valore gli argomenti di questa forma, ma io non posso indurmi a dar loro alcun peso nelle questioni di giure penale.

§. 2738.

Finalmente sotto il rapporto del grado nella forza fisica può osservarsi che assai malagevole sarà costruire la prova di una complicità (1) efficace in questo malefizio: e più malagevole concepire il tentativo punibile. Quei codici che (come l' austriaco) hanno contemplato specialmente la *offerta a giurare* l' hanno parificata allo spergiuro consumato: lo spergiu-

ro non può essere che delitto formale; nè può sostenersi che il falso giuramento prestato sia un tentativo perchè per avventura il giudice trovò modo di dar sentenza contraria a chi aveva spergiurato. In quanto poi al grado nella forza morale soggettiva vuolsi notare che grande differenza intercede fra chi spergiura *pro lucro captando*, e chi spergiura *pro damno vitando*. Lo speculatore che con lo spergiuro mirò ad arricchirsi di una somma che non gli era dovuta non avrà scusa: ma il pigionavolo che in procinto di veder cacciata la sua famiglia in mezzo alla strada, e il miserabile debitore che in procinto di vedersi portato via il pagliareccio, giurano di aver pagato o la pigione od il debito che non pagarono, avranno sempre nella pressione psicologica che li sospinse a fallire una scusa agli occhi del giudice.

(1) Come può infatti concepirsi un coadiuvamento materiale od una cooperazione al falso giuramento della parte? Può verificarsi una complicità morale per *istigazione*, ossia per *consiglio* doloso. Ma poichè la parte che giura ha un' interesse principale a delinquere ed un movente tutto suo proprio, sarà caso rarissimo ed eccezionale quello in cui si dimostri nel consiglio del terzo quella *efficacia* (§. 460) che sola lo rendo politicamente imputabile; a meno che quel terzo non abbia in sè certe qualità *personali* da far credere che le sue insinuazioni siano state preponderanti a determinare allo spergiuro, come se (a modo di esempio) fosse un sacerdote, o l' Avvocato difensore.

§. 2739.

Una elegante questione presentasi in materia di spergiuro in ordine alla determinazione del *luogo*

nel quale deve aversi come consumato il delitto; e tale ricerca può essere interessante così per la competenza come per la penalità ed altro. Nel caso semplice poco vi vuole a dire che lo spergiuro si consuma *colà dove si giura;* ma non abbiasi tanta fretta a dir facile un problema. Accade spessissimo che in un processo civile pendente appo un tribunale quando si deferisce il giuramento da una parte all' altra, la parte che deve giurare dimori in altra Provincia od in estero stato; ed allora la pratica è quella di delegare il giudice del luogo dove la parte dimora a riceverne le risposte. La lite è a Napoli. L' attore ha deferito il giuramento al reo convenuto: il reo convenuto, quantunque Napoletano, trovasi per impiego o commercio a Firenze o a Verona: si fanno le rogatorie e gli atti opportuni perchè lo incidente abbia rapido sfogo, ed il Tribunale di Napoli delega il giudice di Firenze o di Verona a ricevere il giuramento; il reo lo presta e giura il falso. Ma oggi (1869) abbiamo nella Provincia di Napoli un codice che *niente* punisce lo spergiuro: abbiamo nella Provincia Toscana un codice che lo punisce *mitemente:* abbiamo nella Provincia Veneta *severissime pene.* Ecco la complicanza. Quel Napoletano che avrebbe impunemente spergiurato nel giudizio a Napoli dovrà essere punito per l' accidentalità della delega del suo interrogatorio; o viceversa nei giudizi che si agitano in altre Provincie potrà spergiurarsi impunemente usando lo artificio di farsi deferire l' interrogatorio nelle Provincie meridionali? Comprende ognuno adesso la gravità del dubbio. La regola per cui si guarda al luogo dove si consumò il fatto *materiale* porterebbe a simili oscil-

lazioni mostruose ed assurde. Potrebbe avvenire che di due correi *debendi* ugualmente citati, ugualmente interrogati, ugualmente spergiuri, l'uno soggiaccia a grave pena perchè interrogato a Torino, e l'altro derida la giustizia con la impunità che procurossi mercè l'artifizio di farsi deferire l'interrogatorio a Palermo. Impossibile ammettere simili sconci. Bisogna dunque trovare la formula mercè la quale possano ragionevolmente eliminarsi. E la formula è pronta quando si ricordi che il giudice delegato non esercita una giurisdizione *sua*, ma la giurisdizione del delegante. Il Tribunale, in quanto si contempla come oggettivo dei reati contro la pubblica giustizia, non è una materialità di terra o di calce, ma una idealità costituita dalla giurisdizione. Il giudice di Firenze non avrebbe giurisdizione di fare atti nei giudizi che si agitano a Napoli od a Parigi: se egli li fa legittimamente li fa come delegato del giudice di Napoli o di Parigi, dei quali è una lunga mano. Esso per quel momento e per quell'atto viene a far parte del Tribunale di Napoli o di Parigi, e la giustizia offesa col mentire in quell'atto è la giustizia di colà, non quella che abitualmente si serve dal funzionario delegato. Come la casa dello ambasciatore straniero si considera a certi effetti giuridici territorio di quella Nazione che si rappresenta dallo Ambasciatore, così la stanza dove precariamente siede il giudice nostro come *aggregato* per un dato atto al Tribunale di altra Provincia, si considera come un momentaneo prolungamento dell'uffizio di quella Provincia. Io la penso così, e così la ragiono, perchè altrimenti ne vengono assurdi repugnanti al senso morale. Identico problema può

sorgere in tema di falsa testimonianza, quando per via di rogatorie e deleghe i più testimoni si esaminino in luoghi diversi, e in luoghi diversi mentiscano alla giustizia. Il giudizio è unico: identico è l'oggettivo giuridico così astratto come concreto delle due deposizioni false, e repugna che due colpevoli di uno stesso delitto sieno giudicati con diversa misura per l'accidentalità di una forma giudiciaria. Può anche dirsi che il delitto consiste nel portare la falsità nel giudizio principale; e che la falsità detta a Napoli destinata maliziosamente ad assumere sembianza di verità nel giudizio di Firenze, è una falsità che sviluppa l'ultimo suo momento di consumazione non a Napoli ma a Firenze. Se un Italiano postosi in scellerato accordo con uno avvelenatore si rechi in Francia a provvedere il veleno e lo spedisca al suo alleato il quale consuma il veneficio in Italia, qualora venga qua arrestato e tradotto in giudizio insieme con l'autore principale, non potrà opporre la incompetenza, non potrà pretendere di essere giudicato con la legge straniera, allegando che egli è colpevole soltanto di un fatto costitutivo di complicità, ma che questo fatto egli non consumava in Italia. Lo identico nesso giuridico che lega l'atto di complicità eseguito all'estero con il delitto principale eseguito qua, lega il giuramento prestato a Napoli col giudizio principale che si agita qua, ed al quale quel giuramento era scientemente preordinato a servire. Forse non avrò indovinato la formula e le ragioni della soluzione di questo problema, che mi si offrì nella pratica, e non mi riuscì veder trattato da alcuno; ma

la soluzione parmi debba essere quella che da me si sostiene.

CAPITOLO IV.

Delitti contro la pubblica giustizia di persone private *contro* persone pubbliche.

§. 2740.

La pubblica giustizia troppe volte può venire offesa da un cittadino senza che questi rivesta il carattere di pubblico ufficiale, o di pubblico funzionario, e comunque egli agisca meramente come individuo privato, tutte le volte che egli pone in essere un atto pel quale direttamente si osteggi un decreto della autorità od una operazione cui qualche persona pubblica dia mano per servizio della pubblica amministrazione. Di qui trasse Carmignani la terza serie dei reati contro la pubblica giustizia, ai quali consacro il presente capitolo. I titoli che vi cadono sono i seguenti — 1.° *Resistenza*, ed *eccitamento a resistere* — 2.° *esimizione*, *evasione*, ed *effrazione del carcere* — 3.° *favoreggiamento* — 4.° *inosservanza di pena*

Come concetto generale preambulo alla esposizione di questa serie di malefizi vuole essere ricordato che la forma primitiva nella quale deve essere avvenuta la estrinsecazione dei reati sociali, è quella racchiusa nella presente categoria. Questa è una ipotesi: ma può tenersi come una verità storica per la necessità logica che la persuade. La trasformazione della consociazione naturale in una

consociazione civile ebbe la sua genesi e la sua ragione di essere nel bisogno di tutelare il diritto. Dunque la prima manifestazione dello impero sui consociati (tranne per le occasioni di guerre) deve essere avvenuta con la costituzione di una autorità a rendere giustizia, consegnata ad un re, o ad una gerontarchia, o ad un tribunato popolare. Qualunque di queste sia stata la prima forma esteriore della *jurisdictio* è bene naturale supporre che qualche spirito riottoso quando veniva colpito nella persona o nei beni dalla novella autorità le negasse obbedienza, e ricorresse alla forza privata per impedirne l' azione. Ecco la *resistenza*. Tutti gli altri reati sociali dovettero venire sviluppandosi progressivamente dipoi, mano a mano che si allargava il concetto dello stato, e la somma delle sue attribuzioni.

Titolo I.

Resistenza.

§. 2741.

La *resistenza* si definisce — *una lotta di privati cittadini con gli agenti della pubblica forza diretta ad impedire un atto di giustizia*. La importanza delle questioni che solleva questo titolo e la loro frequenza nel foro ci consigliano a svolgere più in largo la materia; e perciò tratterò in separati articoli — 1.° dei criterii *essenziali* della resistenza — 2.° dei suoi criterii *misuratori* — 3.° del *grado* — 4.° della *penalità*.

Articolo I.

Criterii essenziali *della resistenza.*

§. 2742.

La *resistenza* (1) è un reato che non solo ha bisogno di certe materialità indispensabili allo essere suo, ma eziandio richiede una particolare direzione della volontà. Quindi sono essenziali alla medesima certe condizioni *materiali,* e certe condizioni *intenzionali* che procedono indipendentemente le une dalle altre, le quali si debbono dal giudice distintamente indagare e verificare, e dallo studioso per conseguenza meditare separatamente. L'analisi dei criterii essenziali di questo malefizio ci porta dunque a cercarli nel suo *elemento materiale,* e nel suo *elemento intenzionale.*

(1) Bibliografia — Raynaldo *syntagma rerum criminalium cap.* 30, §. 10 *et* 11 — Guazzino *de defensione reorum defens.* 5, *cap.* 4 *et* 5 — De Franchis *decis.* 147 — Bonfino *in bannimenta cap.* 45 — Caroccio *decis.* 6 — Angelo *de delictis cap.* 27, 41, 42, 113 — Jousse *justice criminelle part.* 4, *tit.* 45, *art.* 3, *pag.* 76, *tom.* 4 — Marco *decisiones Delphinales vol.* 1, *quaest.* 770 — Caballo *resolutiones criminales cas.* 8, *et cas.* 132 — Farinaccio *practica quest.* 32 — Tranchedin *consult.* 74 — Matheu et Sanz *de re criminali controv.* 34 — Clazzi *disceptat.* 19 — Paoletti *institutiones criminales vol.* 1, *pag.* 120 — Contoli *dei delitti e delle pene vol.* 4, *cap.* 4, *art.* 1, *pag.* 68 — Christineo *decis. Belgicae decis.* 100, *vol* 1; *et decis.* 152, *vol.* 2 —

Deciano *tractatus criminalis lib.* 7, *cap.* 11 — Cremani *de jure criminali lib.* 2, *cap.* 4, §. 6 — Carmignani *elementa* §. 865 — Bavoux *leçons sur le code pénal chap.* 13, §. 3 *et* 4 — Puccioni *saggio di diritto criminale pag.* 355 — Pessina *trattato di penalità speciale pag.* 162.

I.

Elemento materiale *della resistenza.*

§. 2743.

Il concetto giuridico della *resistenza* risponde interamente al senso della parola *resistere,* la quale esprime l'antagonismo di due forze che vicendevolmente tendono a conflittarsi. Come dunque la forza della pubblica autorità che si vuol vincere dal privato si estrinseca in un'azione fisica esteriore, così per parte del privato occorre una forza fisica corrispondente acciò possa dirsi che egli ha *resistito* agli agenti della autorità. *Resistere,* dissero comunemente i dottori, *est* (1) *cum lictoribus pugnare.* Di qui la proposizione generale che la forza fisica soggettiva della resistenza esige un *atto violento diretto* contro gli esecutori di giustizia.

(1) Carmignani *elementa* §. 865 — ivi — *resistere est in apparitores pugnare* — Cremani *de jure criminali lib.* 2, *cap.* 4, *art.* 4, *n.* 5, *nota* 2 — — Barbosa *vota decisiva vol.* 48, *n.* 3; e in termini che non potesse ammettersi *resistenza a parole* lo stabilì la Corte di Cassazione di Firenze nel decreto del 3 decembre 1844 relatore Magnani (inserito negli *Annali di giurisprudenza Toscana anno* 6,

part. 1, *pag.* 613) e nel successivo giudicato emesso dalla medesima Corte nel maggio 1849 sul ricorso di *Maddalena da Prato.*

§. 2744.

Prima conseguenza di quel postulato si è che non si può commettere resistenza con la semplice volontà, neppure quando sia nel modo più energico manifestata *a parole.* Finchè lo esecutore dice al privato *devi venire in carcere,* ed il privato risponde *non voglio venire,* l'azione dello esecutore sebbene possa dirsi non ancora materialmento incominciata; è peraltro preconizzata ed imminente, perchè nei doveri suoi essendo quello di esercitare al bisogno coazione fisica per eseguire l'atto di giustizia, con lo annunziare l'ordine già si fa comprendere che l'ordine si eseguirà di viva forza qualora il privato non vi obbedisca spontaneo. Ma per parte del privato non si può argomentare altrettanto, perchè alla dichiarazione di non volere obbedire non ancora si può affermare che terrà dietro l'uso della forza materiale e che così la *renuenza* si convertirà in resistenza. Con le parole si manifesta una volontà contraria ma non ancora *si agisce,* nè ancora s'impedisce l'azione dello esecutore. Si può scorgere in questo una disobbedienza: ma la inobbedienza agli ordini di giustizia, quando pure si voglia (come lo fu nelle pratiche (1) toscane) elevare a titolo di reato, sarà sempre un delitto intrinsecamente diverso e di gran lunga minore della resistenza. Da ciò emerge spontanea la regola che essendo estremo del reato di resistenza il *conflitto delle due forze* (pubblica e privata) è indispensabile la *presenza* dell'ufficiale

al quale si pretende siasi resistito. Non si può resistere ad un *assente*.

(1) Della *inobbedienza* agli ordini dell' autorità fecero talvolta le pratiche giudiciali toscane un titolo speciale di reato per argomento dalla legge del 1786, applicando pene minime; ma con ciò il più delle volte vollero servire alla mitezza onde evitare l' applicazione del più grave titolo di resistenza. In massima è assai disputabile se (tranne assoluta necessità di giustizia) possa riconoscersi un vero reato nella semplice disobbedienza ad un ordine che ci reca danno e dolore. Ma più propriamente il titolo d' *inobbedienza* appella al caso di un *dovere speciale* che in ragione d' impiego astringesse un inferiore ad eseguire gli ordini di un superiore, e che sia stato violato col disobbedire. Qui veramente si può trovare lo elemento di un reato per la lesione del diritto che ha il superiore a quella obbedienza, e pel danno che ne risulta: e tale reato sarebbe evidentemente *sociale*, perchè suppone una gerarchia. Sotto questa forma nella quale trovasi contemplato dal codice Francese all' art. 234, la sede di siffatto titolo dovrebbe essere la prima serie dei delitti contro la pubblica giustizia, destinata ai reati di persona pubblica contro persona pubblica.

§. 2745.

La seconda conseguenza che sorge da quel postulato si è che la resistenza non si commette con la mera *inazione*. Quando la volontà di disobbedire si estrinsechi in una attitudine puramente passiva dello arrestando, egli non ha ancora incominciato a resistere, e neppure ha manifestato la intenzione determinata a resistere. Colui che intimato ad aprire l' uscio di sua casa neghi di farlo e rimanga iner-

te (1), costringendo così gli esecutori ad atterrarlo, ha disobbedito, ha resistito moralmente al comando, ma non è ancora colpevole neppure di un *tentativo* di resistenza. Colui che allo arresto intimatogli risponda con lo afferrare un albero onde farsene punto di appoggio, o col gettarsi in terra per costringere gli esecutori alla fatica di portarlo via, non ha neppur esso resistito, nè incominciato il delitto di resistenza.

(1) Un editto di Carlo IX del gennajo 1572 dichiarava ribellione anche il semplice rifiuto di aprire l' uscio della casa ai pubblici ufficiali che volevano per ufficio loro penetrarvi; e contro quest' atto puramente negativo minacciava pena corporale, ed ordinava la demolizione della casa. Ma questi sianci non si ricordano che come deplorabili tradizioni di un potere sfrenato che convertiva in delitto anche la mera forza d' inerzia quando si opponeva alle sue volontà.

§. 2746.

La pratica anzi in qnesta ultima ipotesi andò anche più oltre, e quantunque lo arrestando si fosse agitato con la persona, recando in tal guisa impaccio e difficoltà agli esecntori nel trasporto del proprio corpo, ed anche avesse portato la mano sul braccio dello esecntore non per offenderlo ma per distaccarlo dalla propria persona, disse che non vi erano in tal contegno gli elementi della resistenza, scusando il contegno stesso come un moto istintivo procedente dal naturale desiderio della propria libertà. Per dirlo colpevole di resistenza bisogna che per di più egli abbia spinto la mano od il piede contro il

corpo dello esecutore, reagendo così contro di lui, e manifestando intenzione di offenderlo; laonde secondo la formula della scuola si sottrassero da imputazione i conati che lo arrestando faccia *manibus vacuis* e senza offesa dello esecutore per allontanarlo da sè. Bene inteso che ciò si tollera nello stesso individuo minacciato nella propria libertà; non si tollera peraltro in un terzo. E questa dottrina è certissima nella pratica italiana e dovunque questo malefizio si esprime col verbo *resistere*. Potè forse dubitarsene dove piacque dargli il nome di *ribellione*: nome disadatto e vizioso (1) perchè comprende in sè più del definito.

(1) Parve a Carmignani che la parola *ribellione* applicata a questo reato potesse esser buona, perchè esprimente il concetto di rivolta contro lo Stato. Ma è questa appunto la ragione per cui a me non piace quella parola, perchè lo stesso Carmignani m' insegnò con la sua consueta esattezza che quando l' atto ostile contro la pubblica forza aveva il fine di aggredire il Governo, il fatto degenerava in violenza *pubblica* ed anche in *perduellione*. Ma poichè quei disgraziato che lotta per salvarsi dalla prigione non pensa neppur per ombra allo Stato, al Principe, o all' ordine costituito, ma soltanto al pericolo da cui vuole salvarsi, così non mi so adattare a dargli il nome di *ribelle*. Questa censura della improprietà della parola *ribellione* data alla resistenza non è mia: la trovo in molti pratici che si riassumono dal Bonfino *in bannimenta cap.°45, n. 8* — ivi — *pro veritate sciatur, non omnem offendentem officiales principis vel ei resistentem, incidere in rebellionis poenam, sed tantummodo quando eis resistit in concernentibus statum, ac prosperitatem Imperii: quia non propter Principem, et ejus Statum rebellat, sed propter ejus officialem; et*

ideo plures ignari judices hac nostra tempestate putant reos rebellionis, Curiae simpliciter ac officialibus resistentes, nulla data distinctione de qua supra; prout eum adhibent — Gratianus *disceptat. forenses cap.* 54, *n.* 1, *cum seqq.* — Rolando *cons.* 15, *n.* 11, *cum seqq. vol.* 4 — Giovagnon *respons.* 27, *n.* 36, *vol.* 1 — Decio *cons.* 601, *n.* 1 — Caballo *resolutiones criminales, resol.* 148 — Gabriello *cons.* 179, *n.* 1, *vol.* 1 — Alexandro *cons.* 103, *n.* 18, *vol.* 1 — Bartolo *in extravagante Qui sunt rebelles* — Capycelatro *decis.* 130, *n.* 15 — Farinaccio *quaest.* 113, *n.* 101 — Gaill *de pace publica cap.* 9, *per totum.*

§. 2747.

Ma nel modo stesso con cui per giusta ragione del senso di favore verso un accusato di delitti di sangue la forza *imminente* si equipara alla forza già esercitata, e se ne costituisce la scusa della provocazione, così anche la resistenza dovrà ravvisarsi consumata per certi atti che diano chiaro segno della imminenza di un *atto* determinato di forza materiale sovrastante agli esecutori. Colui che imbrandisca uno stile, od un' arma a fuoco, ed alzi quello o con questa volga la mano contro gli esecutori minacciandone l' uso a danno loro, è senza dubbio colpevole di resistenza: in quell' atto di minaccia si contiene bastantemente la forza fisica soggettiva di questo reato, perchè è sufficiente a trattenere gli esecutori dall' ufficio loro per lo aspetto del proprio pericolo non appreso soltanto come una previsione di possibile, ma reale e sovrastante. Non varrebbe altrettanto la semplice *delazione* anche *apparente* dell' arme, scompagnata da atti fisici coi quali si cominci ad eseguire univocamente la ag-

gressione violenta della persona. Devesi in una parola distinguere fra minaccia reale, e minaccia semplicemente verbale (1).

(1) La distinzione fra minaccia *reale* e minaccia *verbale* si è segnalata, anche ai termini dell' art. 209 del codice Francese, da Blanche *quatrième étude n.* 26, *pag.* 51, ove insegna non esser dubbio che la semplice *minaccia a parola* non costituisce attacco nè resistenza, ma ricorda parecchi giudicati che riconobbero questo titolo nelle minaccie reali, come alzamento di scure o impostamento di archibugio contro il gendarme.

§. 2748.

Ciò che dicesi circa lo estremo della *lotta* rapporto a colui che sarebbe passivo dell'ordine, si deve ripetere sul conto dei terzi. Spessissimo avviene che mentre taluno è arrestato e condotto in carcere, gli amici e congiunti, e specialmente le donne (sempre prone a suscitare disordini) si facciano a gridare e a tumultuare; ora eccitando lo arrestato a fuggire con parole d'incoraggiamento; ora impetuosamente dirigendo agli esecutori il comando di rilascio; ed ora alle grida *fuggi, fuggi*, o *lasciatelo andare*, aggiungendo parole ingiuriose e vituperii di ogni sorta contro i pubblici ufficiali. Questi disordini frequentissimi nella società presente (e specialmente in Italia per la vivacità dell' indole) hanno dato occasione a gravi dispute nel foro sulla definizione del titolo del reato e della responsabilità respettiva dei diversi partecipanti: e non sempre il pronunciato dei tribunali ha applicato ai casi concreti i genuini dettati della teorica. Importa dunque procedere per distinzione di casi.

§. 2749.

1.° *Caso* — Ai clamori della turba tenne dietro la fuga dello arrestato, perchè forse gli agenti della pubblica forza credettero prudente desistere, o per un istante venne meno la loro fermezza; ma senza che lo arrestato od alcun altro degli accorsi esercitasse *atto violento* o minaccia *reale* contro la persona dello esecutore. In questa prima ipotesi sorgerà il titolo di *esimizione*, del quale parleremo a suo luogo; ma sarà erroneo applicare il titolo di resistenza dove per parte dei privati tutto si esaurì con sole parole. Nè varia questa soluzione per la indole diversa di quelle parole. Se esse furono ingiuriose si applichi doverosamente il titolo d' *ingiuria qualificata;* ma non si turbi lo intelletto del giudice confondendo l' aggressione contro l' onore del pubblico agente o della sua divisa con l' aggressione contro la sua persona che mai non avvenne. E se in quelle parole ve ne furono di esprimenti minaccia, si applichi pure il titolo di *minaccia*, ma non si confonda la nuda minaccia *verbale* con la minaccia *reale*, che sola può dar vita all' atto fisico equiparabile alla violenza attiva costituente la resistenza (1).

(1) Queste distinzioni non bene si avvertirono dagli antichi dottori, per la ragione che non fecero della *resistenza* un titolo speciale, ma contemplarono soltanto la *esimizione*, e nella resistenza non videro che un *mezzo* di quella: cosicchè nella maggior parte dei vecchi institutisti non trovi affatto il titolo di resistenza e nei più moderni lo trovi come un accessorio della esimizione. I criminalisti francesi domi-

nati dal concetto inesatto della ribellione ne parlano fra i delitti di maestà per poi venire a dire che la resistenza non è lesa maestà di primo capo, e il più delle volte neppure lesa maestà di secondo capo: gli altri si preoccupano del danno alla giustizia per la sottrazione di un arrestato. Ai primi signoreggia la mente una idea astratta di *fine*, che non è reale: ai secondi la idea di un *effetto*, che non è sempre costante. Ma la resistenza ha il suo essere speciale nell' *attacco alla persona* degli agenti di giustizia, indipendentemente dal fine politico, o dall' effetto di una evasione. Costituirne un titolo speciale di per sè stante che si esaurisce nella materialità con la sola *lotta*, è al tempo stesso una necessità scientifica, ed un bisogno per la retta distribuzione delle imputazioni. Anche senza il pensiero di sottrarre una persona od una cosa dalle mani della giustizia si può usare violenza contro gli ufficiali per impedir loro molte altre operazioni di pubblico servizio; e sempre rimane la essenzialità criminosa della violenza usata per opporsi alla esecuzione della legge, o di un ordine dell' autorità.

§. 2750.

2.° *Caso* — Ai clamori tennero dietro gli atti fisici; e realmente si usò violenza contro gli esecutori, o da alcuno del popolo o dallo arrestato. In questa ipotesi è nato il *materiale* del titolo di resistenza. Questo deve applicarsi agli *autori* della medesima: ed anche coloro che li istigarono con le grida potranno nei congrui termini essere divenuti corresponsabili del fatto altrui, giusta le regole ordinarie della complicità.

§. 2751.

3.° *Caso* — Non vi fu atto materiale di violenza contro le persone dei pubblici ufficiali; nè vi fu esimizione. In mezzo alle grida, ai fischi, alle contumelie, ed alle minacciose parole, gli esecutori tranquillamente compirono la opera loro. È questo il caso nel quale spesso vidi illaquearsi i giudici minori ed anche talvolta gli stessi patroni. Non vi è titolo di esimizione; e questo è chiaro; non vi è titolo di resistenza, perchè non vi fu lotta di forza materiale contro forza materiale. Ma si volle andare immaginando ora il titolo di *tentata esimizione*, ed ora il titolo di *tentata resistenza*, senza vedere lo assurdo di tali due formule; e dimenticando che se la esimizione e la resistenza sono due delitti che non si possono consumare a *parole*, non si può ammettere che con le sole parole s'*incominci la esecuzione* dei medesimi. Fosse pure negli acclamanti il desiderio di esimere; fosse in loro lo intendimento di incoraggiare lo arrestato a resistere: abbiamo intenzione e parole, e niente più che intenzione e parole; ma non ancora abbiamo un *atto esecutivo* abile a costituire il respettivo conato, ed è un errore l'opporre che se alla intimazione di rilascio è susseguito lo effettivo rilascio, la esimizione si è dai colpevoli ottenuta a sole parole. Lo errore di questa argomentazione è quello troppo ripetuto tutte le volte che in un mandato, in un comando, od in una istigazione, si volle sofisticamente ravvisare un tentativo. Il paralogismo consiste nel contemplare il caso in cui alle parole abbia tenuto dietro per parte

di alcuno un *atto fisico* che per natura propria costituisca o la *consumazione* o il *principio di esecuzione* del reato al quale dirigevasi la volontà espressa da altri con quelle parole; e poi a questo caso identificare l' altro caso essenzialmente difforme in cui quell' *atto fisico* non abbia altrimenti tenuto dietro per parte di nessuno alle parole eccitatrici. Nella prima ipotesi vi è in quell' atto fisico il materiale o di un tentativo o di una consumazione; ed esistendo questo si annoda al medesimo la parola eccitatrice, non come elemento materiale di *esecuzione*, ma come elemento materiale di *complicità* puramente *morale*. Nella seconda ipotesi la parola non può connettersi con l' atto fisico esecutivo che non esiste; e poichè la parola in sè *non incomincia la esecuzione* nè della resistenza nè della esimizione, essendo impossibile ravvisarsi un momento ontologico dell' uno o dell' altro reato, così è veramente assurdo trovarvi un conato punibile, tanto più che la parola non avendo prodotto effetto nessuno è naturalmente a guardarsi come mezzo inidoneo. Tanto è assurdo trovare un tentativo di resistenza o di esimizione in chi gridò *fuggi*, o gridò *lasciatelo*, quando lo arrestato non fuggì nè resistette e neppure eseguì atti fisici incoativi dell' uno o dell' altro, quanto lo era il trovare tentativo di omicidio in chi disse *uccidi* quando nessuna mano si mosse ad incominciare la strage. Il materiale dei reati non si supplisce col pensiero. Tutta dunque la imputazione doveva restringersi nel titolo d'ingiurie o di minaccie verbali.

§. 2752.

Malgrado la evidenza di queste verità s' incontravano sempre oscillazioni e dubbi nelle pratiche contingenze. Perlochè fu opportunissimo il divisamento del legislatore toscano che ideò un nuovo titolo (1) di reato, e lo configurò e descrisse all' articolo 145 dandogli il nome di *eccitamento alla resistenza;* delitto *sui generis,* che si completa in sè stesso, e che serve d' impedimento alla proclamazione di aberrazioni contrarie ai principii scientifici e produttive di pratiche ingiustizie.

(1) Il concetto di fare dello *eccitamento a resistere* un titolo speciale di reato distinto dalla resistenza, trovavasi ancora nel codice Francese del 1810 all' art. 217 per il fine di costituirne una complicità quando la resistenza ebbe luogo, ed un fatto *sui generis* (punito col carcere fino ad un anno) quando non ebbe luogo. Ma l' art. 217 Francese teneva il solito sistema di definire i reati per via di descrizioni *materiali* — ivi — *soit par des discours tenus dans des lieux ou réunions publics, soit par placards affichés, soit par écrits imprimés;* nè tale sistema si corresse con l' art. 1 della legge del 17 maggio 1819 che abrogò l' art. 217: laddove l' art. 145 del codice Toscano procede anche qui col metodo indubitatamente migliore di definire i reati con la indicazione oggettiva del concetto giuridico — ivi — *Chiunque in qualsivoglia modo ha eccitato ad una resistenza ec.* Anche qui scorgesi a colpo d' occhio quanto sia saggio il metodo Toscano e quanto sia vizioso il metodo Francese: con la semplicissima formula Toscana non vi è caso che sfugga alla repressione, mentre l' art. Francese con tutta la sua minuziosa descrizione di materialità

lasciava sempre aperta la via a delle impunità. Per esempio, nel caso di arresto di alcuno in casa propria, gli amici che lo avessero eccitato a resistere evadevano per l' art. 217 ogni pena. Il vizio è di sistema, e riproduce i suoi effetti costanti in ogni sua esplicazione.

§. 2753.

Lo *eccitamento* alla resistenza è dunque una nuova figura criminosa ormai acquistata alla dottrina penale, e che ogni savio legislatore deve appositamente descrivere e prevedere, onde evitare errori pratici perniciosissimi. Noi stessi avremmo dovuto assegnare a questo titolo una distinta sede di trattazione se lo amore di brevità e di chiarezza non ci avesse consigliato a darne cenno al presente luogo. Esso è un titolo supplementario, che trova la sua congrua applicabilità quando le contingenze del caso non offrono titoli più severamente puniti. Esso è in sostanza una forma d' istigazione a delinquere che si specializza dalle altre per la circostanza che la sua azione non si esercita soltanto sull' animo dello istigato ma eziandio sugli agenti della pubblica forza (che in certa guisa s' instigano a mancare all' ufficio loro per debolezza o pietà) e sul pubblico, dal quale vagamente sembra sperarsi lo *exoriatur aliquis* di un liberatore; lo che le attribuisce caratteri particolari.

§. 2754.

Questo reato è veramente *formale*. La sua ragione di essere sta tutta nel danno *potenziale*. Se consegui un danno *effettivo*, perchè realmente si resi-

stesse o si esimesse lo arrestato, il titolo di *eccitamento* sparisce. Può concorrere con la *ingiuria* e con la *minaccia verbale*, ma può benissimo esistere anche isolato. Tutte le volte che ad occasione di un arresto si saranno da terze persone emesse voci esprimenti o il consiglio di resistere allo arrestato, o la intimazione del rilascio agli esecutori, senza che o quel consiglio o quella istigazione sia stato accompagnato o susseguito da violenze od abbia impedito la effettuazione dell' ordine, sarà applicabile questo titolo. Vana poi sarà la questione intenzionale, perchè le voci inducenti o a fuggire o a resistere o a rilasciare non possono emettersi senza la corrispondente intenzione.

§. 2755.

Bensì la questione intenzionale potrà sollevarsi utilmente anche in questo reato di *eccitamento* quando occasione del medesimo siano state le sevizie ed i mali trattamenti usati dagli esecutori a danno degli arrestati. In tale ipotesi potrà dirsi che la intenzione alla quale si ispiravano le voci degli accorsi era quella d' impedire una crudeltà delittuosa, era lo sfogo di una pietà e di una giusta indignazione di anima generosa, che non può ascriversi a delitto. L' articolo 145 del codice Toscano ha punito l' eccitamento a resistere non seguito da effetto con la carcere da un mese ad un anno.

§. 2756.

Tornando agli elementi materiali della resistenza può ai medesimi riferirsi anche la condizione delle

persone, come si accenna nella definizione. L'atto violento deve procedere da persona *privata* (1) una collisione che sorga fra esecutori ed esecutori, perchè gli uni e gli altri vogliano eseguire essi l'atto di giustizia, e così impedirlo agli altri, non è resistenza. Se persone private per ultroneo zelo vengono ad eseguire un atto di giustizia, ed altri privati lo impediscono con la forza, non è resistenza. Ma se bene addentro si guarda questo requisito delle condizioni delle persone, esso attiene più veramente al *fine*, e così allo elemento intenzionale del malefizio.

(1) È chiaro che la insubordinazione militare commessa dal subalterno contro il suo superiore (e della quale tratta Engelhard *de jure militum naturali*, §. 609, *pag.* 218) non ha niente che fare con la resistenza del giure penale comune. Nè quella può coordinarsi ai principii di questa; nè in questa possono i penalisti trasportare i precetti eccezionali del rigore di quella. Sono due titoli sostanzialmente distinti, nè vi ha illazione possibile dall' uno all' altro. Del resto è condizione essenziale del materiale della resistenza che prima di tutto si dichiari essersi usata violenza contro un pubblico Ufficiale. Ora qui nasce la questione se questa *qualità* di pubblico Ufficiale offra una *ricerca di fatto*, cosicchè debba deferirsi ai giurati e da questi giudicarsi incensurabilmente; oppure se sia *ricerca di diritto*, e così di competenza delle Corti e sindacabile dalla Cassazione. I nostri Tribunali si sono pronunciati per la questione di diritto: Cassazione di Palermo 1 maggio 1866; Cassazione di Firenze 1 aprile 1868, affare *Merciai*.

§. 2757.

Questo requisito della *pubblica qualità* nella persona a cui si resiste ebbe una seria modificazione

dal codice Toscano che fu al tutto trascendente in odio contro simili reati. L'art. 143 estese la nozione della resistenza anche a chi impedisse un atto di giustizia che si eseguiva da *persona privata* per ordine della autorità: e non distinguendo la legge, ciò deve intendersi anche nel caso che il privato non sia *accompagnato* da un pubblico ufficiale. Noi non possiamo aderire a tanto denaturamento del titolo. Se si fa la ipotesi di privati che diano man forte agli agenti pubblici *in loro compagnia,* non ve ne ha bisogno veruno. Se si suppongono privati che agiscono *a solo,* osservo — 1.° esser brutta cosa e fonte di disordini lanciare i privati contro i privati, senza la bandiera di alcuna divisa che mostri agli occhi di tutti la rappresentanza della giustizia — 2.° è assurdo che la *legge* sia meno potente dell'*ordine* di un ufficiale. È la legge che mi dà diritto di difendere le mie proprietà, di arrestare un ladro in flagrante, e simili. Ma pure tutti insegnarono che se si resiste a me in tale occasione non sorge che una rissa privata anzichè una resistenza — 3.° l'autorità della giustizia e la sua dignità non tollerano se ne deleghi la rappresentanza per libito di un gendarme a qualunque privato, che forse è persona vile e odiata dal pubblico — 4.° il resistente avrà sempre la scusa della buona fede — 5.° non può imporsi che il cittadino chini la fronte in faccia al suo eguale per un asserto di questo. Io mi attengo dunque alle vecchie dottrine. E tanto è contraria a questa innovazione la dottrina universale dei dottori, che trovasi da tutti sollevata la questione se ad avere il titolo di resistenza sia necessario che l'ufficiale vestisse la divisa dell'ufficio suo: sul che

i più benigni assolutamente eliminarono il titolo per la mancanza della divisa: i più rigidi vollero che alla divisa supplisse lo essere l' ufficiale notoriamente conosciuto dai resistenti: ma nessuno osò andare più oltre (1).

(1) Questa distinzione è comune presso i dottori. La divisa non ha altro scopo tranne quello di rivelare ai cittadini la rappresentanza della legge. Quando l' uomo che si asserisce esecutore della legge è conosciuto per tale da chi gli resiste, quantunque non vesta divisa, non vi è più bisogno dell' ufficio di questa. Non è questione di cenci, ma di errore di fatto e di buona fede. Ma quando la ignoranza della qualità ufficiale sia vera e non affettata, la mancanza di divisa è eccezione concludentissima, non perchè ciò tolga i poteri allo agente pubblico, ma perchè ciò esclude il dolo in chi gli resiste. Noi crediamo che con siffatto criterio voglia essere intesa la massima che in termini apparentemente più larghi si attribuisce al giudicato della Corte di Cassazione di Palermo del 14 settembre 1865. D' altronde la giurisprudenza di Francia si può dire costante nello ammettere che quando la mancanza di divisa condusse i resistenti nella ignoranza della qualità officiale sparisca il titolo di ribellione; Blanche *quatrième étude n.* 48, *pag.* 86.

II.

Elemento intenzionale *della resistenza.*

§. 2758.

Estremo indispensabile a questo titolo di reato sotto il rapporto della proeresi criminosa si è che lo imputato agisca pel *fine di impedire un atto di*

giustizia. Questo estremo a prima giunta è facile e piano. Esso ci insegna che chi abbia usato per *diverso fine* violenze per quanto gravi contro gli esecutori, anche nel momento in cui essi eseguivano un atto di giustizia, non è imputabile di resistenza. Pongasi che gli agenti della pubblica forza per tradurre uno arrestato alla sua destinazione attraversino un campo sementato: pongasi che il proprietario non volendo tollerare quel danno, ed acceso di sdegno, abbia lanciato sassi o ammenato percosse contro gli esecutori; costui sarà responsabile del titolo di reato che si svilupperà dalla sua azione nel rapporto del diritto individuale della persona aggredita, ma non potrà tenersi a calcolo come reo di resistenza, perchè non agiva pel fine di opporsi allo arresto o alla traduzione dello arrestato nelle carceri. Quando pure ne avvenisse che lo arrestato profittando di quello emergente si fosse sottratto, tale esimizione avvenuta oltre la intenzione degli agenti non potrebbe mutare il titolo avverso a loro, perchè non si ammette rispetto ai privati rimprovero di esimizione colposa. Tale circostanza dovrebbe valutarsi come effetto più grave derivato dal fatto, ed aggravante il titolo della lesione personale; ma questo sarebbe il solo titolo obiettabile a quella rissa. Fin qui non vi sono difficoltà (1).

(1) Quantunque usi formula inversa, il codice Toscano all' art. 143 rispetta questa verità: la resistenza nel suo elemento intenzionale consiste nell' *opporsi agli ordini:* e la *opposizione* ha per suo implicito la volontà del contrario.

§. 2759.

Non è disutile ricordare qui il concetto cardinale della classazione dei reati ordinata dal Carmignani, e dal principio della quale (salvo qualche rettificata applicazione) mai noi ci dipartimmo. È il diritto aggredito quello che determina la classe. Ma il diritto aggredito prevalente, perchè assorbisca l'aggressione di altro diritto, bisogna sia stato obietto di una aggressione *diretta* tanto se lo fu come *mezzo* quanto se lo fu come *fine*. La uccisione di un uomo per fine di furto toglie il reato dalla classe dei delitti contro la proprietà per condurlo in quella dei delitti contro la vita, e fa sorgere lo esecrato titolo di latrocinio se fu uccisione voluta; ma un omicidio colposo intervenuto in un furto è un aggregato che non denatura il titolo principale. Nei reati contro la giustizia la aggressione deve essere diretta intenzionalmente contro il diritto universale che hanno tutti i cittadini al rispetto della giustizia pubblica. Se per *fine privato* s'ingiuria, si ferisce, od anco si uccide un individuo, con animo di aggredire il diritto individuale e senza direzione ostile alla giustizia pubblica, il delitto sociale non sorge, quantunque lo individuo aggredito fosse un pubblico ufficiale, e quantunque accidentalmente ne sia derivato un impedimento all'atto di giustizia. Rimane il delitto *naturale* determinato dal diritto dello individuo che si aggredì; sia desso lesione, sia omicidio, sia ingiuria. Lo accidente della qualità personale, o del risultamento più grave che ne derivò pel turbato esercizio, quando a questo non si mirò dallo agente,

costituirà una *qualifica,* per la duplicità del diritto effettivamente leso. Ma quantunque il diritto leso *per accidens* sia diritto sociale, e di regola l'attacco contro un diritto universale porti il reato nella classe dei *sociali,* tale spostamento di classe qui non avviene, appunto perchè se vi fu una offesa del più grave diritto non vi fu una *aggressione diretta* contro questo diritto. È sempre lo identico concetto che lascia tanti reati naturali nella loro pristina classe malgrado la concomitanza di una lesione inferita ad un diritto universale: è il concetto per cui non passa nei delitti sociali il furto sacrilego, il furto di cosa pubblica, il danno dato a pubblica proprietà, e tanti altri casi analoghi; è il concetto per cui anche la uccisione del Principe avvenuta in una rissa privata offrirà un omicidio qualificato, ma non degenera secondo la moderna scienza in perduellione. Manca la intenzione diretta ad aggredire il diritto universale; nè tale aggressione è così intrinseca al fatto da compenetrarsi l'una con l'altra volontà. Chi ferì od ingiuriò il pubblico ufficiale per privata cagione niente pensò a ledere la pubblica giustizia od a farla cadere in discredito. Ricordisi la tesi che ponemmo come cardine al §. 36. L'*oggetto* del reato non è la *cosa* o *persona* su cui cade il fatto, ma il *diritto aggredito.*

§. 2760.

Ma una questione gravissima, e forse la più grave e perplessa che presenti il titolo di resistenza, sorge quando lo imputato agì veramente *per impedire quell' atto* a cui davano opera i pubblici ufficiali, ma de-

duca che quell' atto non era un *atto di giustizia*, ed effettivamente risulti che atto di giustizia *non era*. In tale ipotesi sotto il punto di vista obiettivo bisogna dire che un atto di giustizia non sia impedito, ma sia impedito bensì un abuso di potere, una prepotenza, in una parola un delitto. E sotto il punto di vista soggettivo bisogna dire che non ricorre la proeresi criminosa essenziale alla resistenza, perchè non ha la intenzione di impedire un *atto di giustizia* colui che si muove nel disegno d' impedire un *atto ingiusto*. Cosicchè per buona logica verrebbe a concludersi che in simili condizioni il delitto contro la pubblica giustizia sparisce, e che deve giudicarsi del fatto secondo i rapporti giuridici d' individuo ad individuo, ed obiettare soltanto la lesione personale, la ingiuria, od altro titolo emergente dal fatto come se fosse avvenuto tra persone private, e quello punire sulle rispettive sue norme e con quelle misure che sono consigliate dalle circostanze (1).

(1) Questi principii hanno avuto sanzione da due supremi giudicati: l' uno della Corte di Cassazione di Palermo del 28 ottobre 1871, e l' altro della Corte di Cassazione di Napoli 10 luglio 1872, ricordati ambedue a *pag.* 436 del giornale *La Gazzetta Giuridica delle Puglie anno* 1, *n.* 28. Notabile pure è un giudicato della Corte di Appello di Brescia del 25 ottobre 1872 (*Eco dei Tribunali n.* 2497) nato nel seguente caso. Le guardie doganali avevano sequestrato certe carni, ed i contravventori niente si opponevano a quel sequestro: ma le guardie volevano impadronirsi di una carretta pertinente ad uno di quelli, e qui era nata viva opposizione, minaccie e violenze con la peggio delle guardie. Il Tribunale di Cremona aveva applicato il titolo di resistenza

(ribellione) ed applicata la pena dell' art. 249 del codice Sardo. Sull' appello la Corte disse male applicata la legge, perchè le guardie avevano diritto di sequestrare e disperdere le carni insalubri, ma non di impossessarsi della carretta; e la opposizione erasi fatta a quest' atto, e non a quello. Laonde riformando punì soltanto per le violenze.

§. 2761.

Malgrado la nitidezza di questa argomentazione trovasi nei criminalisti il più aperto dissidio su tale ipotesi, perchè quando la politica si mescola nelle questioni giuridiche ascoltasi spesso più la voce della passione che quella della logica (1). Qui infatti troviamo scindersi i criminalisti in due opposte schiere. Alcuni, seguaci della dottrina della obbedienza passiva, e idolatri della signoria dello Stato, anche a discapito della sovranità del diritto non ammettono distinzioni. Gli agenti del Governo hanno diritto di comandare, i sudditi hanno il dovere di obbedire ciecamente a tutti i loro comandi. Ai sudditi non si può dare potestà di sindacare gli ordini e gli atti della pubblica autorità, essi stanno in società soltanto per obbedire. Se l' ordine o l' atto è ingiusto ricorrano alla giustizia portando querela contro l' ufficiale delittuoso; ma prima di tutto obbediscano. E se invece pretesero porre innanzi la forza ed il giudizio privato per impedire gli ordini o gli atti dei superiori, subiscano la pena della resistenza, salvo poscia a punire anche quelli per gli abusi commessi (2). Tale dottrina, come ciascuno vede, è netta e recisa come tutti i pronunciati di quella scuola.

(1) È celebre il motto di Laboulaye — *N' ayons pas la déraison de raisonner avec l' autorité qui ne raisonne pas puisqu'elle a toujours raison par ce qu'elle n'a jamais raison.*

(2) In Firenze il bando del 30 ottobre 1606 rinnovato il 1704, che puniva la resistenza fino alla morte, letteralmente disponeva che questa pena dovesse infliggersi anche in caso di esecuzioni civili, ed *etiam che la cattura o altra esecuzione fosse ingiusta;* e ciò non ostante i pratici insegnavano che tale disposizione non poteva estendersi ai casi d' *ingiustizia notoria.* Vedasi Panimolle *decisio* 75, *n.* 23 — Bonfino *in bannimenta cap.* 45, *n.* 3, *et* 29 — Farinaccio *quaest.* 112, *n.* 155 *et seqq.* — Cavalcano *de brachio regio pars* 2, *n.* 48 — Barbosa *vota decisiva lib.* 2, *vot.* 48, *n.* 9 — Clazzi *disceptatio* 10, *n.* 52, che dice legittima anche la uccisione dei birri commessa per impedire un arresto arbitrario: *Leg. omnes* 33. *Cod. de Decurionibus.* E il Peguera (*decis.* 9) insegnò che quando lo inquisito avesse dedotto la nullità della cattura doveva soprassedersi al giudizio del resistente per esaurire prima il giudizio di nullità d' arresto. E Hippolito de Marsilis (*practica criminalis* §. *diligenter n.* 53) insegnò che quando il giudice avesse voluto eseguire la sua sentenza malgrado l' appello interposto *amici et consanguinei condemnati possunt de facto impune resistere.*

§. 2762.

Ma per l' opposto i pubblicisti che rispettano il sacro diritto della libertà individuale, e nella società civile altro non veggono che un mezzo destinato a proteggere i diritti della umanità, e nella autorità sociale uno strumento necessario a mantenere la sovranità del diritto, respingono la tiranna dottrina della obbedienza passiva e propugnano il diritto di libera resistenza agli atti ingiusti dei pubblici uffi-

ciali. Come il popolo ha il diritto di reagire contro il sovrano dello Stato qnando si faccia tiranno, così ogni cittadino ha il diritto di reagire contro i funzionari subalterni quando esercitino atti di tirannia. La potestà di costoro è data per mantenere il diritto; quando invece servendo a passioni individuali vogliono abusare di qnella potestà per conculcare il diritto essi non più sono agenti di ginstizia; sono individni; e niente più che individui delittnosi. Si pnò imporre la obbedienza alla legge qnando è tale benchè meno ginsta, perchè sempre esprime il dettato di chi rappresenta la consociazione: ma non si può imporre la cieca e perpetua obbedienza ai capricci di nn nomo. Il diritto della privata difesa è interdetto ai singoli nella società civile tranne i casi della necessità attuale: dove la difesa pnbblica divenendo impotente a tntelare il diritto manca all' nfficio suo, risorge a bnona ragione la balìa della difesa privata. Quando un nomo qualunqne aggredisce inginstamente il mio diritto, io non ho l' obbligo di patirne lo spoglio; e la società che in quella flagranza non è pronta a difendermi deve tollerare che io mi difenda con le private mie forze. Il diritto di resistenza, che voi mi consentite contro il brigante intento a condurmi in sua balia per eseguire nn ricatto, voi non potete negarmelo avverso nn pubblico nfficiale che voglia spogliarmi del mio diritto di libertà e di proprietà per sfogo di una passione colpevole o di una criminosa vendetta (1).

(1) Questi principii si oppugnano anche sotto i liberi reggimenti da uomini che si dicono (e forse in buona fede si credono) *conservatori;* ma che in sostanza sono *retrivi.*

E si oppugnano più che con ragionamenti con un grido di affettata paura. Voi li udite ad ogni momento ripetere che la *società va in dissoluzione se non si mantiene il principio di autorità:* e con tale insinuazione vorrebbero cuoprire di un velo tutte le prepotenze dei superiori, e distruggere ogni libertà civile per un panico assurdo. Il vero conservatore mantiene la signoria del diritto e non quella degli abusi. Formula stolta ed atea è quella che si possa *sciogliere* la società. Vera è la sentenza di Tissot (*Réflexions sur les pensées de Pascal pag.* 67, *Paris* 1869) *les sociétés civiles ne passent pas; elles se transforment.* La società civile non si scioglierà mai perchè legge di Dio. Il principio di autorità non si ringagliardisce con gli abusi della forza, ma con la giustizia uguale per tutti.

§. 2763.

A questo sistema, che è l' unico compatibile col rispetto alla libertà umana ed alla legge sociale destinata a proteggerla, si sono fatti come in altri argomenti i soliti obietti paurosi e sofistici. Si sono esagerati i pericoli della dottrina della libera resistenza agli atti ingiusti. Come altra volta fu detto tutti simuleranno ubriachezza se ammettete questa scusa; tutti evaderanno la pena del tentativo se definite questa forma di reato secondo giustizia; tutti allegheranno la opinione del meretricio se ammettete questa scusa al violentatore; ed altri simili paradossi; così si è ripetuto che ammessa quella dottrina nella resistenza tutti allegheranno la ingiustizia dell' atto. E la deducano pure; la giustizia non si commuove per ciò: perchè ha sempre in mano balìa di verificare se giusto od ingiusto era l' atto, e punire il resistente ad onta dei suoi pretesti nel primo ca-

so, non punirlo nel secondo caso. È sempre il solito sofisma che da un secolo a questa parte lotta come un' idra contro la scuola criminale progressiva; sarebbe giusto ammettere questa scusa o questa scriminazione, ma se ne può abusare dalla malizia dei colpevoli. Dunque? Dunque ditelo chiaro il vostro paradosso fatale: noi siamo in dubbio se quest' uomo fu colpevole od innocente; siamo in dubbio se il suo atto fu legittimo od illegittimo in faccia alla somma giustizia; e perciò lo cacciamo in galera per timore che sia colpevole. E se vi fu applicazione nella quale siffatto paradosso fosse inescusabile, tale fu la presente; perchè neppure può ammettersi che rimanga la giustizia in uno stato di dubbio potendosi sempre condurre al positivo ed al certo la definizione di fatto se l' atto era giusto od ingiusto (1).

(1) A questi timori risponda la autorevole voce di Schaper in Holtzendorff *'s Handbuck porte* 6, §. 17 *nota* 4, *pag.* 142, 143, *Berlino* 1871. La *legittimità* della resistenza (egli dice) contro gli eccessi dei pubblici ufficiali deve giudicarsi con criterio *soggettivo:* esaminando cioè se colui che resistè ebbe giusti e ragionevoli motivi per credere ingiusto l' atto del pubblico ufficiale. Ancorchè questi potesse essere in buona fede, non può punirsi colui che lo respinse con la violenza, perchè ebbe la coscienza di essere nel suo diritto e di esercitare legittimamente la facoltà della propria difesa. Questa osservazione è acutissima e giusta, perchè mostra l' errore di chi vorrebbe giudicare il resistente sul criterio inopportuno della *punibilità* o *non punibilità* dell' atto abusivo che si è respinto. Grosso equivoco giudicare la colpa di uno sulla colpa di un altro; o già da noi combattuto nel tema generale del moderame. E la opinione dello illu-

stre Alemanno merita di essere raccolta, perchè Schaper è un Magistrato in attuale esercizio di altissimo ufficio.

§. 2764.

Chi vi domanda che accettiate il giudizio del privato sulla da lui vantata illegalità dell'atto a cui resistè? Chi vi domanda che accettiate il suo giudizio intorno ai limiti della resistenza che la tutela del proprio diritto esigeva? Questi giudizi il privato li emette a tutto suo rischio e pericolo: al solo magistrato riservasi la potestà di pronunciarli in modo apodittico. Sarà questione di misura; sarà questione di eccesso o non eccesso nella reazione: ma quando io non abbia ecceduto; quando io abbia strettamente fatto quello che era di assoluta necessità perchè il mio diritto non fosse conculcato, io non feci che un atto legittimo. È contradittorio che i tribunali mi rimproverino come atto ingiusto l'avere impedito un atto ingiusto. Il pubblico ufficiale nel tentare questo non era più pubblico ufficiale: era un delinquente, e la divisa che indossava non aveva altro valore tranne quello di aggravare il suo delitto. Se accecato dalla passione io sbagliai e resistei ad un ordine giusto quantunque sotto diversa credenza, potrete bene punirmi; il giudizio sulla legittimità od illegittimità dell'atto al quale resisto io devo prenderlo a tutto mio rischio e pericolo. Ma quando avete conosciuto che io non errava voi non potete punirmi per aver fatto cosa giusta.

§. 2765.

Voi dite che io devo obbedire all' ordine ingiusto, e poscia reclamare; che penserete a punire severamente lo esecutore prepotente, a distruggere ogni effetto della indebita esecuzione ed a tutto riparare. Ma dite voi questo seriamente o per ipocrisia? Se lo dite seriamente vi par egli morale e consentanea alla economia della giustizia ed alla coscienza pubblica una sentenza la quale pronunci in questi termini; condanno l' ufficiale a tre anni di reclusione come colpevole di abuso della sua autorità e di carcere arbitrario, commesso per odio a danno di Tizio da lui senza diritto alcuno arrestato e detenuto; e più lo condanno a rifondere allo stesso Tizio tutti i danni inferitigli: e più condanno lo stesso Tizio a un mese di carcere per avere lottato con quell' ufficiale pel fine di sottrarsi quantunque inutilmente all' arresto. Che vi par egli della morale di questa sentenza?

§. 2766.

È una ipocrisia lo allargarsi sulle riparazioni possibili del torto patito. Questo argomento che ha il vizio di provar troppo non può mettersi in principio quando trattasi di difendere entro i limiti dei debiti modi il proprio diritto nella attualità del pericolo al quale sia esposto. Impossibile d' altronde riparare tutti i danni di un arresto indebitamente patito (1), le perdite patrimoniali, il discredito, gli scapiti della salute, la costernazione della famiglia.

Ed è poi ipocrita questo argomento, mentre in pratica si vede giornalmente che tali riparazioni non si ottengono mai; e chi subì un arresto arbitrario si può chiamare ben contento se il giudice non frappone lunghi indugi alla sua scarcerazione. La distinzione fra *reparabilità* od *irreparabilità* di atto è intrinsecamente sofistica, ed equivale alla negazione assoluta. In un senso tutto è reparabile fuorchè la morte: in un altro senso tutto è irreparabile, anche la carcerazione di otto giorni. Essa include poi la petizione di principio, perchè suppone nell' uomo in società l' obbligo di tollerare qualunque offesa al suo diritto della quale sia possibile ottenere la riparazione: e tale postulato è ciò che si nega. E si nega perchè si tiene come buono anche in società il principio di diritto naturale che (esclusa sempre ogni idea di vendetta) ammette come lecita qualunque difesa anche violenta del proprio diritto, la quale si eserciti prima che il diritto sia leso, e mentre è imminente la lesione del medesimo al solo fine di tutelarlo entro i limiti della necessità attuale e senza eccesso nel modo. *Servi legum sumus* (disse Cicerone) *ut liberi esse possimus;* cioè affinchè sia rispettato il nostro diritto, giacchè la libertà non è che il diritto: ma la servitù alla legge non può convertirsi nella servitù all' uomo che a mio danno conculca la legge. Anche questo ragionamento è netto e reciso: la verità dell' una o dell' altra conclusione dipende dalla verità del principio dal quale respettivamente si parte.

(1) Ripetono generalmente i dottori che la carcerazione *infert praejudicium irreparabile:* Jasone *in l.* 4, §. *con-*

demnatum n. 31 *ff. de re jud.* — Baldo *in l. per diversas quaest.* 10 *C. mandati* — Nevizzano *cons.* 52, *n.* 8 — Valenzuela *consilia, lib.* 1, *cons.* 43, 161, *pag.* 281.

§. 2767.

È per questo motivo che la storia della giurisprudenza criminale ci mostra una perpetua oscillazione della pratica intorno a così grave problema. Io stesso quando ebbi a combattere su questo terreno alternamente vinsi o soggiacqui nelle difese degl' imputati di resistenza secondo la diversità dell' aura politica che dominava: nè sempre tale oscillazione si determina dalle forme di governo, perchè spesso si veggono governi inaugurati sotto la larva della libertà che sono più teneri del principio di autorità e più dispotici assai che non lo siano i governi assoluti. In Inghilterra, dove veramente il principio della libertà individuale e della sovranità del diritto è obbedito in ogni suo logico svolgimento, Blackstone professò coraggiosamente e con logica inesorabile la dottrina della equiparazione del pubblico ufficiale in stato di abuso al privato; e là non si esitò mai nello assolvere coloro che abbiano resistito con la forza ad un atto ingiusto tentato a loro danno da un pubblico ufficiale. E si hanno esempi di giudicati che assolvettero persino l' omicidio commesso nella persona di un esecutore perchè tentava un arresto arbitrario (1). In Francia variò la giurisprudenza dall' uno all' altro estremo per le continue mutazioni del pensiero politico colà dominante.

(1) L' art. 157 del codice della Luisiana è esplicito in questo senso — ivi — non è delitto la opposizione che non si

dirige contro atti ufficiali; e perciò non incorre pena chi si opponga ad un pubblico ufficiale quando egli tenta di fare un atto che non è autorizzato dai suoi legali poteri, o di fare anche un atto autorizzato ma con mezzi illegali. La opposizione che si limita al fine d' impedire la parte illegale dell' atto finchè è necessaria a questo fine non costituisce delitto di resistenza.

§. 2768.

Quando la restaurazione francese si era proposta non solo d' incatenare il secolo che correva, ma di ricondurre a poco a poco il giure penale ai tempi delle Ordinanze, ad una scuola di filosofi retrivi capitanata da Le Maistre e Bonald parve enorme bestemmia accennare al principio della libera resistenza. Lo illustre Bavoux, che già nei suoi scritti come cattedratico aveva professato tale dottrina, venne a sostenerla nel foro con una memoria pubblicata a stampa: e questo bastò perchè il Regio Procuratore lanciasse contro di lui per quello scritto, l' accusa di avere eccitato il popolo alla rivolta. È vero che Bavoux, comparso sullo scanno dei malfattori in faccia alla Corte di Assise della Senna come colpevole di alto tradimento consumato col sostenere una opinione scientifica, fu assistito (1) dai più celebri giuristi di Francia (Dupin e Persil) e non tardò ad avere la ovazione di una sentenza assolutoria: ma pure la tenacità del principio retrivo si spinse a questo segno. Quando però la rivoluzione del 1830 ebbe mutato le condizioni politiche di quel reame mutò anche la dottrina della giurisprudenza intorno la presente questione. Dolorosa situazione per un giurista quella di vedere i

supremi principii di diritto renduti elastici per le passioni politiche. E poi si vorrebbe dare per testo al giure penale la storia!

(1) *Je soutiens* (diceva Persil nella difesa di Bavoux) *que toute résistance à un acte illégal est essentiellement légale, et que le fonctionnaire qui auroit trouvé la mort dans l' exercice d' un acte abusif, seroit bien et dument tué — La résistance légale* (soggiungeva Dupin) *est permise, et l' on n' est jamais répréhensible quand on use de ses droits; mais il semble aux partisans de l' obeissance possive, que le citoyen, alors même qu' on agit arbitrairement contre lui, doive tendre les mains aux fers qu' on lui présente, ou bien coller ses bros sur sa poitrine, comme ces soldats du Nord qui présentent avec tante de docilité leurs joues oux soufflets de leurs officiers.* Si andò fino a dire che la resistenza agli atti illegali era un *dovere* in ogni cittadino, e che questo dovere si violava da chi obbediva all' ordine ingiusto, perchè con ciò assuefaceva i pubblici ufficiati alla prepotenza. Chi difende sè stesso contro simili aggressioni difende tutti i suoi concittadini. *Si l' arbitraire prend la place de la loi, alors il est du droit, il est du devoir de chaque citoyen de cesser de se soumettre à cette injustice: lo résignation n' est plus que la patience honteuse des esclaves ou lo servitude de l' ignorance.*

§. 2769.

L' ultimo stato della giurisprudenza francese andò per via di transazione oscillando tra i principii vincitori e le tradizioni della pratica antecedente tuttavia careggiate in cuore da molti. In questo conflitto gettossi quel severo ingegno di Trebutien *(cours de droit criminel tom. 1, pag. 146: edit. 1854)* dettando una teorica eclettica. Egli pre-

se le mosse da una distinzione di Barbeyrac, fra le ingiustizie *sopportabili*, e le *non sopportabili:* egli dice doversi alle prime obbedire salvo reclamo; potersi alle seconde resistere impunemente. Ma finqui non si era fatto un passo nella questione. Alla antica formula elastica della *reparabilità* e *non reparabilità* si sostituiva la nuova formula ugualmente elastica della *tollerabilità* e non *tollerabilità;* e tutto finiva in un ambito di parole. La nuova formula era ugualmente elastica, perchè ad un monaco edotto alla rassegnazione cristiana può parere tollerabile un mese d' ingiusta carcerazione, mentre ad un gentiluomo fiero della coscienza del suo diritto e del sentimento della propria dignità, sarà intollerabile lo essere per prepotenza condotto prigione, carico di ferri, a traverso le vie popolose di una città, di pieno meriggio, e fra le grida di una plebaglia ignorante che applaude alla vendetta del soldato. La nuova formula, piuttosto che dare la chiave del problema, esprimeva con un circolo il resultato della soluzione del problema: perchè appunto è *tollerabile* ciò che si deve tollerare senza resistere, ed è *intollerabile* quello a cui si ha diritto a resistere per non tollerarlo.

§. 2770.

Questo si comprese dal Trebutien: e volse lo studio a dare un senso concreto alla formula di Barbeyrac. E perchè la *sopportabilità* (nella quale sta tutto il nodo di questa teorica) è un secondo enimma, ed a chi la cercasse in un criterio oggettivo potrebbe parere sopportabile anche un

anno d'ingiusta prigionia; così Trebutien detta il criterio di qnesta sopportabilità, e lo trova nel *dubbio* o nella *certezza* della illegittimità del comando. Se l'atto che si volle impedire era apertamente vietato da una legge, il privato può impunemente resistere con ogni sua forza; così se si tentò l'arresto di un debitore civile in giorno festivo, o in ora notturna, o nel domicilio chiuso, tale tentativo è una inginsta aggressione alla quale è lecito resistere; non si resiste alla legge, ma alla violazione della legge.

§. 2771.

Secondo questa prima regola la *ostensione* del mandato (1) in caso di arresto fuori di flagranza, parrebbe dovere essere condizione indeclinabile della criminosità della resistenza. Perchè la legge vieta allo agente di arrestare senza mandato, e così l'arresto che egli tenti è un atto *contro la legge* che apertamente lo interdice. Nè potrebbe alla mancata *ostensione* supplire la *produzione* postuma di un mandato scritto che lo agente dica di avere avuto presso di sè; sì perchè il privato non era obbligato a credervi; sì perchè cotesta limitazione esporrebbe al grave pericolo (difficile a verificarsi ma pure possibile) che lo zelo del giudice si affratellasse con lo zelo del birro; e per coprire un abuso di potere commesso da costui il giudice lo favorisse di un mandato antidatato. Lo che sarebbe commettere un delitto di falso per favorire un delitto di abuso di potere, e per far soffrire allo innocente che resistè a quel sopruso la pena di un delitto che non esistette. Anche la giurisprudenza toscana dei tempi

puri abbracciò la dottrina della necessità non solo del *mandato*, ma anche della ostensione del mandato. Nè potè essere diversamente ovunque alla verità non fece velo l'ossequio alla tirannide; poichè la stessa sapienza romana riconobbe questo vero; e (quel che più è da notarsi) lo riconobbero gli stessi Imperatori. Oltre la *l. 4, §. 2, ff. ne quis eum qui in jus*, sono a vedersi nel Codice la *l. fin. de discussoribus*, e la *l. unica de superindicto:* ed anche Diocleziano nella *leg. 5, C. de jure fisci*, sanziona che se qualche ufficiale voglia occupare a favore del fisco beni privati senza legittimo ordine, si possa impunemente resistere: *sancimus licere universis quorum interest obiicere manus ... ut officiales ab ipsis privatis resistentibus a facienda injuria arceantur.*

(1) Anche Pessina *(trattato di penalità speciale pag.* 163) insegna senza esitazione che quando si resista ad una intimazione di arresto senza regolare mandato e fuori dei casi autorizzati dalla legge, non s' incorre nel titolo di ribellione ma il fatto rimane nei termini di una rissa privata. Quanto alla più moderna pratica toscana la valutabilità dei vizi dell' arresto a scusa del resistente si assoda sulle sentenze riferite nel repertorio del Cerretelli alla parola *resistenza ai nn.* 10, 12, 18, 20, 22; e sulla decisione del 25 aprile 1833 della Suprema Consulta riferito ivi in nota; e più modernamente sui decreti della Corte di Cassazione del 13 giugno 1841 relatore Pezzella e del 21 giugno 1841 relatore Cerboni inserito negli *Annali di giurisprudenza toscana vol.* 3, *part.* 1, *col.* 455 *e* 456. Può vedersi anche nelle *conclusioni* del Forti edite dal Cammelli, a *pag.* 41 *e* 51: e Klein *disputatio de inobedientia impuni cap.* 5; *in ejus Collect. pag.* 1363.

§. 2772.

Ma se (prosegue Trebutien nella sua esemplificazione) trattasi invece di una *errata interpetrazione* di legge, o di una *irregolarità* nella esecuzione dell' ordine, non è lecito resistere. Così se fu ordinato l' arresto in un caso in cui la custodia preventiva non ricorreva, o se fu commessa una nullità in un processo verbale di sequestro, la resistenza è criminosa. Esistendo l'ordine, e mostrato quest' ordine dallo esecutore, non può pretendere il cittadino che lo esecutore giudichi delle sue eccezioni contro l' ordine che egli pretende vizioso, perchè lo inferiore non ha competenza in tale sindacato; il privato deve obbedire salvo reclamo e successivo riparo (1).

(1) Facendo un' analisi paziente dei giudicati della Corte Suprema di Francia che si vengono obiettando come autorità proclamatrice in senso *assoluto* della punibilità della resistenza ad atti notoriamente ingiusti, io confesso non essermi riuscito trovarne uno dove in senso assoluto siasi data sanzione a siffatta massima. È vecchia regola di ermeneutica legale che i giudicati dei tribunali intanto fanno dottrina giurisprudenziale in quanto si connettono alla *fattispecie* decisa: ciò che può esser detto più in largo in un considerando non fa massima se il giudicato speciale ha una speciale ragione di decidere nelle circostanze del fatto. Ora è evidente che in tutti quei casi ove la Corte ritenne legale l' atto al quale si era resistito era impossibile cercarvi la massima che legittimasse la resistenza ad atti *ingiusti*. Del pari in tutti quei casi nei quali esisteva il mandato o l' ordine dell' autorità che abilitava gli agenti della forza a quella esecuzione alla

quale si resistette, e soltanto si elevava questione sulla regolarità delle forme, non ricorreva l'obietto di una ingiustizia evidente, ma si desumeva la ragione di resistere da un *dubbio giuridico*. In una parola io non trovo un giudicato nel quale siasi detto, *sì l'atto era evidentemente ingiusto ma pure tu non dovevi resistere*. Si allegano, Cassazione 14 aprile 1820, affare *Costeroste;* che però contempla una semplice irregolarità di *forma* nel mandato — Cassazione 5 gennaio 1821, affare *Bernard;* dove però esisteva mandato di arresto per parte del giudice, e si deduceva soltanto la illegalità del mandato — Cassazione 3 settembre 1824, affare *Dorans;* dove espressamente si dichiara che l'ordine era legale — Cassazione 30 maggio 1823; dove parimente si proclama la esistenza del mandato di arresto per parte della legge (codice di istruzione criminale art. 106) trattandosi di delitto flagrante — Cassazione 15 luglio 1826, affare *Camporasso;* dove parimente si deduceva un semplice difetto di forma nella esecuzione del mandato — Cassazione 26 febbraio 1829, affare *Desmoliens;* dove deducevasi che le guardie nell'atto di constatare una flagrante contravvenzione di caccia illegalmente si volevano impossessare del fucile come documento di convinzione — Cassazione 10 marzo 1842, affare *Becq;* dove si allegavano vizi di forma nell'ordine di pignoramento — Cassazione 2 marzo 1855, affare *Milte;* dove si dichiara che l'ordine del Prefetto al quale voleva farsi opposizione era legittimato dalla necessità dell'urgenza, trattandosi di riaprire una strada comunale arbitrariamente chiusa: qui d'altronde non era in giuoco la libertà individuale nè alcun principio di legittima difesa — Cassazione 22 agosto 1867, affare *Fanien;* dove erasi dalla pubblica forza voluto impedire un combattimento di galli, e si pretendeva che l'ordine del Prefetto di Calais proibitivo di questo feroce spettacolo fosse eccedente i suoi poteri. Malgrado ciò più recentemente Blanche *(quatrième étude n. 46, pag. 75, et suiv.)* sembra essersi pronunziato contro la dottrina della legittima resistenza. Egli osserva che lo ammetterla ristabilisce il dominio della

forza *brutale* in società: ma il dominio della forza brutale non si sostiene egli col proteggere la violenza illegittima? Osserva che è più *saggio* obbedire e poi reclamare: ma qui non è questione di saggezza, bensì di diritto. Anche Orazio credeva di essere stato saggio quando narrava di avere a Farsalia gettato lo scudo e preso la fuga.

§. 2773.

Anche questa teorica non è senza pratiche difficoltà. In special modo è a notarsi che delle due resistenze possibili, quella cioè *contro l' ordine*, e quella contro la *esecuzione dell' ordine*, la medesima non legittimerebbe mai la prima forma (1). E questo è forte se si pone come assoluto per la ipotesi di un accordo criminoso intervenuto fra chi emise l' ordine (2) e chi lo eseguì. Io credo difficile dettare con le esemplificazioni una regola così delicata.

(1) Anche prescindendo dalla ipotesi di un accordo criminoso fra il giudice che dà l' ordine e il subalterno che lo eseguisce, questa distinzione è intrinsecamente pericolosa. Bene la combatte John (in Holtzendorff 's *Handbuch lib.* 3, §. 22, *pag.* 119) osservando che il *mandato illegittimo emesso dal giudice* non può divenire legittimo *perchè il giudice lo abbia fatto eseguire da altri* il quale in buona fede lo credeva legittimamente emanato: e la osservazione mi sembra perentoria. È del pari esattissima la distinzione che fa John fra atto *ingiusto* ed atto *illegale*. Un ordine può essere *ingiusto* ma non *illegale* quando si aveva potestà di emetterlo; lo che esemplifica nel giudice che autorizzato ad ordinare lo arresto di un debitore *sospetto di fuga* abbia corso troppo nello apprezzare i timori di fuga nel caso concreto. Quell' ordine può essere dichiarato *ingiusto* dietro migliori verificazioni ma non *è illegale*, perchè la valutazione

dei criteri del sospetto di fuga lasciasi dalla legge alla prudenza del giudice. E conclude che l' atto *illegale* è sempre *ingiusto;* e così è sempre impunita la relativa resistenza. Soltanto all' atto *legale* può adattarsi la ricerca se fu giusto od ingiusto.

(2) In alcune curie Germaniche si è senza esitazione accolto il principio che non possa perseguitarsi criminalmente la opposizione e la resistenza *etiam vi facta* contro un atto ingiusto. Così fra i giudicati della Curia Vismariense, raccolti sotto il nome del Mevio, alla *part.* 5, *decis.* 507, trovasi fatta tale applicazione alla resistenza opposta contro un sequestro eseguito in forza di una sentenza dalla quale pendeva l' appello, ed ivi alla *nota* 4 trovasi registrato come appresso: — *Judici injuriose exequenti ejusque apparitoribus vel ministris pro conservatione possessionis etiam vi resistere licitum, uti inter Decisiones nostras alibi expositum est.* Questa nota alludo alla *decis.* 569, *part.* 4, ove si ripete la dottrina che il Magistrato quando eccede i suoi poteri agisce come *privato* — *quando enim potestate sua abutitur, vim atque injuriom infert, amittit autoritatem et sanctimoniam quam officium tribuit;* avvertendo però che la ingiustizia della esecuzione a cui si ha resistito non scrimina la resistenza quando degenera in violenza pubblica. Nè credasi che questa osservazione del Mevio sia una limitazione empirica dettata per mere veduto di politica utilità. Tutt' altro che ciò. Gli Alemanni non ebbero mai niente di empirico nel giure penale. Essa è l' applicazione di una regola generale; e la deduzione logica del cardine fondamentale della nozione dei malefizi. Ogni reato tragge la propria essenza speciale dal suo *oggetto,* cioè dal diverso diritto aggredito. La resistenza ha la essenza propria nella aggressione contro la pubblica giustizia, e dove siasi impedito non un atto *giusto,* ma un atto evidentemente *ingiusto,* il principio di contradizione fa scomparire il titolo speciale di resistenza. Ma la *vis pubblica,* la *detenzione* arbitraria, l' *omicidio,* e simili, hanno un ben diverso oggettivo giuridico, l' una nella

pubblica tranquillità, l' altra nella libertà individuale, l' altro nel diritto alla vita, e simili. Laonde se nel resistere si è commesso violenza pubblica, si è sequestrato l' ufficiale, o si è ucciso, la ingiustizia dell' ordine che fa sparire il titolo di resistenza non fa sparire gli altri titoli che nascono dai fatti incidenti e prevalenti su quella. Tutto è detto quando si giudicano i fatti del resistente come se fossero commessi contro persona *privata*. La ingiustizia dell' ordine ha sottratto dal calcolo della imputazione i rapporti fra privato e pubblico ufficiale; ma non ha distrutto i rapporti fra cittadino e cittadino, nè quelli che intercedono fra uomo ed uomo. Laonde la ingiustizia dell' ordine potrà negli altri reati che si commettano ad occasione della resistenza tenersi a calcolo come una minorante, ma non potrà distruggere lo esser loro, nè cancellarne la imputazione, salvo quando svolgano la necessità assoluta della difesa e presentino gli estremi ordinari del moderame. Il titolo di resistenza era subordinato alla presunta giustizia dell' ordine: tolta questa sparisce quella: ma il fatto rimane tale qual' è rispetto ad altri diritti eventualmente aggrediti. Se per resistere ad un ordine, quanto vuolsi ingiusto ed abusivo, si è eccitata una perduellione, la inapplicabilità del titolo di resistenza non può certamente eliminare il titolo di perduellione. Tutto si coordina ai veri principii del giure penale.

§. 2774.

Pare a me che in sostanza la formula degli eclettici francesi sul problema attuale ci riconduca alla teorica che fra gli antichi pratici, nei quali (vogliasi o no) si trova sempre la guida per risolvere tutti i problemi, fu prescelta dai più sensati e imparziali. Essi distinguevano fra ingiustizia *notoria* e ingiustizia *incerta* e *dubbiosa:* e ammettendo le regole del moderame nella repulsione della prima, man-

tenevano la imputabilità nella repulsione della seconda. Citerò autori non sospetti di dottrine rivoluzionarie: il Barbosa Protonotario Apostolico e il Tusco Cardinale di santa Chiesa, i quali con larga mano di seguaci riducono a questo criterio la soluzione del problema (1).

(1) Si vedano i citati sopra alla nota a §. 2761: Tuschio *practicarum conclusionum, litera e, conclus.* 587, *n.* 34: *et litera i, conclus.* 413, *n.* 11 — Gargiario *cas. militar. cas.* 12, *n.* 4 — Farinaccio *quaest.* 32, *n.* 33, 66, 88, 92 — Grantius *defensio inquisitorum pag.* 204, *n.* 50, 54 — Vivius *decisiones Regni neapolitani lib.* 1, *pag.* 154, *decis.* 92, *n.* 6 — Raynaldo *observationum criminalium lib.* 1, *cap.* 3, §. 14, *n.* 16; *et* §. 10, *n.* 25 — Aogelo *tract. de habilitat. reorum cap.* 101, *n.* 4. La teorica che ha riposto io luce il Trebutien noo è nè nuova oè francese: trovasi insegnata dal Muller (*promptuarium, verbo vis, n.* 18) ove conclude ammettendo che la ingiustizia APERTA dell'atto *legittimi* la resistenza, e la ingiustizia *dubbiosa* valga a mioorare la imputazione. Il Muller la desume dal Leyser *vol.* 9, *spec.* 590, *med.* 12 *et seqq.* Ma anche prima del Leyser e del Mullero avevala insegnata il Carpano (nel suo trattato *de homicidio n.* 408) il quale pubblicava la sua opera nel 1584 in Milano. Sicchè anche questa teorica ricercandola nella sua origine emana dalla scuola italiana: Basilico *decis.* 10, *n.* 9 — ivi — *an in istis casibus eximi carceratum, impediri apprehensionem, vulnerari satellites, effringi carceres, vim vi repelli liceat? Et sane id quidem fieri posse commune et vulgatissimum effatum est cum oriatur ex naturali lege sui ipsius defensionis:* ed allega Baldo, Bartolo, Declo, Voet, Berlichio, Gothofredo e Salgado. Ma poscia, confessando che può parere *andace* opporsi ad uoa dottrioa così universalmente ricevuta, manifesta la sua propeosione

alla distinzione fra danno reparabile ed irreparabile. È un fatto che i più insigni dottori dell'antica scuola italiana in generale abbracciarono la dottrina della legittima resistenza, e le mie osservazioni su ciò mi hanno condotto ad arrisicare la congettura che anche nelle antiche scuole il partito politico preoccupasse la questione giuridica, e che i dottori di parte guelfa fossero per la opinione della libera resistenza agli atti ingiusti e i dottori di parte ghibellina per la dottrina della obbedienza passiva. Certissimo è che appo i canonisti a far prevalere, come senza dubbio prevalse, la più libera opinione non poco influsso esercitò la veduta di mantenere le immunità ecclesiastiche ed il diritto di asilo, incoraggiando il popolo a respingere le milizie che senza le forme canoniche avessero invaso i diritti della chiesa. Ma sia che vuolsi di queste mie congetture, certo è che se si prescinda da coloro che scrivevano sotto statuti speciali espressamente proibitivi della resistenza anche ad atti ingiusti, la dottrina predominante nei pratici è quella che interdice resistere in caso di *dubbio*, e lo permette in caso d'ingiustizia *manifesta*.

§. 2775.

Questa soluzione è uno svolgimento del precetto morale che da Epitetto passò nella filosofia cristiana — *in dubiis abstine:* se tu non hai la certezza che si usi a danno tuo una ingiusta violenza non devi usare violenza; ma quando hai tale certezza ti è lecito usarla. La sua utilità pratica sta nel condurre il giudizio sulla imputabilità al criterio della *verità reale*, e sottrarlo al mutabile criterio della *verità opinativa*. La dottrina della scuola *ultra liberale* versa infatti in questo pericolo. Ammesso come proposizione assoluta che la ingiustizia dell'atto legittimi la resistenza si può venir subito con buona

logica alla teorica dello *errore di fatto*. Sia pur vero (dirà un giudicabile) che l' atto fosse legittimo; io errai non credendolo tale; e questo errore è sostanziale, e mi scusa: ecco il pericolo della troppo larga dottrina che rende facile la evasione della pena in questo reato. La teorica dello errore è d' altronde comunemente applicata anche al tema della resistenza nella configurazione di una ignoranza (1) giustificata della qualità di pubblico ufficiale; lo estenderla dalla persona all' *atto* non ha che un passo, e questo è il passo al quale bisogna opporre uno impedimento affinchè tutti i resistenti non abbiano pronta la scusa della giusta credulità.

(1) Intorno alla mancanza di *divisa* oltre i già citati vedasi Muta *decisiones siculae decis.* 78, *n.* 15, *fol.* 469, e per la pratica spagnola Mastrillo *de magistratibus lib.* 5, *cap.* 8. Jordão (*commentario ao codigo penal portuguez vol.* 2, *pag.* 209) pone come estremo indispensabile della resistenza che il pubblico ufficiale vesta la sua divisa: e notisi che questo esimio giureconsulto, ora salito a più alti e meritati ufficii, era Avvocato generale.

§. 2776.

Ora la giusta credulità è potentissima nel caso dell' aggressione privata: colui che armata mano mi aggrediva notturnamente non era un sicario, ma uno imprudente amico che pigliava diletto a farmi paura; pure se credendolo un sicario lo uccisi, io non sono colpevole, perchè sebbene la condizione d' innocenza non esistesse in *rei veritate* (non essendo legittimo uccidere per impedire una celia)

pure essa era nella mia credulità; e tale credulità, purchè giusta e ragionevole, mi toglie la coscienza di delinquere. E finchè si tratta di errore sulla *persona* la parità corre, come ho detto, anche nel caso di pubblico ufficiale non conosciuto per tale (1).

(1) Vedasi lo insegnamento di Schaper nella nota a §. 2765.

§. 2777.

Ma posto una volta che il privato abbia cognizione della qualità di pubblico ufficiale in colui, che gl' intima l' arresto od altro, deve entrare in diffidenza del proprio giudizio sulla illegittimità della intimazione. Egli deve presumere che sia giusto quell' ordine, a meno che le circostanze del caso non gli diano la certezza positiva del contrario. Finchè dice, io credeva, io dubitava, il giudice che trova insussistenti i sospetti del privato non può valutargli siffatta credulità; e gli risponde, male facesti a sostituire il tuo privato giudizio al giudizio di chi rappresentava l' autorità. Ma quando invece il privato può dire, resistei perchè era *certo* di resistere ad una prepotenza, il giudice che si vede costretto a dividere col privato tale opinione, e trova indiscutibile lo abuso del pubblico ufficiale, non ha più ragione di punire, perchè la presunzione di legittimità negli atti dei pubblici ufficiali non può elevarsi a presunzione *juris et de jure*, nè agli occhi del giudice, nè agli occhi del privato, senza condurre i cittadini alla condizione di schiavi. Ed ecco perchè quando il vizio dell' atto dipende da una questione giuridica di forma o di procedura niente vale che

al fine della disputa il vizio realmente siasi riconosciuto; perchè dove è questione giuridica la decisione deve riservarsene al magistrato, e nella disputa fra il pubblico ufficiale ed il privato questi non si può far giudice in causa propria, dove esiste un punto giuridicamente disputabile, la cui decisione appartiene al solo magistrato.

§. 2778.

Ma per quanto si voglia essere sostenitori del principio di autorità giammai si può ammettere (tranne sotto la figura di *eccesso di difesa)* la mostruosa alleanza di un pronunciato di colpabilità contro il pubblico ufficiale e di un pronunciato di colpabilità contro il cittadino che a lui resistette. Ciò che si va ripetendo da molti, dovete obbedire e poi muovere querela criminale contro l'ufficiale che abusò del potere, è agli occhi miei un vero controsenso; perchè o l'ufficiale non fu nè per dolo nè per colpa lata redarguibile, ed è vanità muovere la querela; o fu redarguibile, ed è contradizione dichiarare delitto gli atti che nei limiti della necessità tendevano ad impedire un delitto (1).

(1) Anche Ferrão *(do direito penal vol. 5, pag. 47 y 48)* ammette che la resistenza non sia punibile come tale non solo quando l'agente della forza non fu conosciuto dall'oppositore, ma anche quando l'atto a cui si fece opposizione fosse *illegittimo*, salvo a punire in questo caso lo *eccesso* del modo; e aggiunge che nell'art. 95 del codice Brasiliano trovasi fatto aperto cenno di questa limitazione. Ma a lui sembra pericoloso che la legge sanzioni il diritto di

resistenza senza definire i casi: e questi a suo vedere sarebbero i seguenti — 1.° arresto senza mandato — 2.° violazione indebita di domicilio — 3.° asportazione indebita di oggetti altrui — 4.° quando l' esecutore scenda ad offese personali. In tali casi (egli conclude) la resistenza non è delitto ma difesa legittima, e si ha diritto non solo di resistere ma ancora di chiamare gli amici ed i vicini al soccorso. Uguale dottrina propugna lo illustre Jordão nel suo *commentario* all' art. 186 del codice Portoghese, *vol.* 2, *pag.* 206.

§. 2779.

Certamente non deve mai neppure nel presente tema dimenticarsi che i limiti del moderame sono il criterio regolatore nella lotta tra privato e privato, e debbono esserlo a maggiore ragione tra privato e pubblico agente: come lo eccesso oltre quelli nella prima ipotesi lascia sussistere la imputabilità quantunque minorata, così deve lasciarla sussistere nella seconda ipotesi quando siavi eccesso nella reazione. Il principio del rapporto tra il male temuto e il male recato non può dimenticarsi quando si tratta di scriminare una resistenza che abbia prodotto gravi danni alla persona degli esecutori; se in special modo tendeva ad impedire un sequestro di mobili, o un arresto di debitori, che in breve ora poteva annullarsi e che dava ragione civile a larghissime indennità, difficili a sperarsi in casi diversi. Comprende ognuno che quando anche si conceda sotto il punto di vista ontologico che scompaia il titolo di resistenza perchè la coscienza di resistere ad un atto ingiusto ne faccia mancare le condizioni essenziali nello elemento intenzionale, il fatto rimane sempre imputabile quando non sarebbe legittimo neppure contro il

privato per cagione del suo *eccesso*. Ma quando tutto si esaurì in una lotta passeggiera diretta al fine di conservare quella libertà personale che in faccia alla verità si riconosce ingiustamente ed illegalmente aggredita, può bene largheggiarsi e dare la ragione a chi ce l'aveva realmente, senza tremare per il principio di autorità. Io per certo non accetto quella cruda sentenza che il principio di autorità si rafforzi col mostrare che agli agenti pubblici si deve chinare la fronte anche quando commettono un abuso di potere. Con ciò si costruisce per breve ora il regno del terrore, non si consolida il governo della ragione (1).

(1) La tesi della non punibilità della resistenza ad atto ingiusto si è in Germania sostenuto dallo Zachariae in un' apposita dissertazione inscrita nel *Nuovo Archivio di diritto criminale* anno 1843, *pag.* 344 *e segg.*; e più modernamente con energica convinzione dallo insigne prof. Berner nel suo *Lehrbuch pag.* 479 *e segg.* 3 *ediz.* ove ricorda che il codice di Brunswick ai §§. 107 e 108 ha convertito in legge l' autorizzazione a resistere agli ordini illegittimi dell'autorità. Uguale principio sembra essersi accolto dal codice Bavaro art. 136, Sassone art. 142, e dal Codice dell' Impero Tedesco §. 113, nel quale se ne trova il fondamento nella parola *legittimo (rechtsmässigen)* la quale fu aggiunta a quel paragrafo dopo la discussione del Reichstag, come osserva Schütze, *Lehrbuch* §. 66, *nota* 22. E questa parola fuvvi aggiunta appositamente per moderare le troppo dure disposizioni del §. 89 del Codice Prussiano, e la relativa giurisprudenza dei supremi Tribunali di Prussia, i quali si erano avvicinati alla dottrina Francese della obbedienza passiva. Diffusissimo in questo senso è John in Holtzendorff 's *Handbuch lib.* 3, §. 22, *pag.* 117 *e segg.*

§. 2780.

Finalmente appartiene ai criterii essenziali (e precisamente a quelli relativi allo elemento intenzionale) anzichè ai criterii misuratori del presente malefizio la regola sulla quale la resistenza nel concorso di *certi fini* degenera in perduellione od in violenza pubblica. È evidente che non può essere criterio misuratore di un ente ciò che tramuta l' ente da una in un' altra specie, ma quello soltanto che ne modifica la quantità mantenendolo nella pristina specie. Non sono criterii misuratori nè il fine di farsi giustizia nel furto, che lo fa scendere alla ragion fattasi; nè il fine di libidine nel plagio, che lo cambia in ratto; nè il fine di uccidere nella lesione personale, che la converte in tentato omicidio; laonde ai criterii essenziali di certi reati spetta quello negativo della assenza di certi fini che lo fanno degenerare in diverso titolo; e così spetta ai criterii essenziali della resistenza il difetto di quei fini che ne farebbero una perduellione od una violenza pubblica.

§. 2781.

Ora l' attacco (1) o la resistenza verso i pubblici ufficiali fa degenerare il titolo in *perduellione* quando sotto l' apparenza di voler liberare dei carcerati i facinorosi agivano per il disegno di spingere la lotta fino al rovescio del governo costituito, sollevando il popolo col pretesto pietoso di quella esimizione: qui si è incominciata la esecuzione del più

grave reato, si è voluta rompere la guerra civile; ed è manifesto il cambiamento di titolo. Degenera poi la resistenza in *violenza pubblica* in ragione del fine, non bastando sempre a ciò i soli mezzi. La *turba* e le armi aggravano la qnantità politica della resistenza (come vedremo tra poco) ma non sempre ne invertono il titolo. Secondo la sottile nozione che in ordine alla violenza pubblica (dopo tante fluttnanze che a sno luogo esporremo) ha accettato la moderna scnola italiana e germanica nella pnbblica violenza, il criterio costitntivo di questa trovasi in un fine speciale: quello cioè di sfogare un odio, o qnello di aver voluto soggiogare la *volontà* dei pubblici ufficiali e renderla schiava ai voleri privati. Finchè la forza privata agisce ella medesima allo impedimento dell' atto di giustizia superando fisicamente la forza pubblica, siamo nei termini di resistenza per qnanto siano gravi i modi violenti che servirono a ciò: ma sorge la *vis* come reato speciale quando la forza privata volle farsi signora della volontà del pubblico nfficiale, e costringere lui stesso a fare cosa contraria alla legge. Finchè la turba strappa con minaccie, percosse, ed anco lesioni dei pubblici nfficiali, lo arrestato dalle loro mani, è *resistenza:* se la turba con modi violenti costringe il magistrato ad emanare un ordine contro sua volontà, od impone agli ufficiali di riportare essi medesimi le cose sequestrate al pristino lnogo, sorge la *violenza pubblica.* Qui l' azione criminosa ha volnto signoreggiare non solo il corpo, ma anche la *volontà* del pnbblico nfficiale, e questo per la moderna più esatta dottrina costituisce il *crimen vis.*

(1) L' art. 209 del codice Francese definisce la ribellione un *attacco* od una resistenza; ed i commentari hanno dato speciali ragioni di questa duplice indicazione: vedasi Blanche *quatrième étude pag.* 47. Noi nel definire la resistenza non abbiamo tenuto conto della parola *attacco;* e ciò per buoni motivi. O la distinzione a cui vuolsi alludere con la parola *attacco* tiene a certe accidentalità materiali, perchè (a modo di esempio) si voglia distinguere il fatto di chi respinge la forza pubblica che lo aggredisce, dal fatto di chi aggredisce lei (sempre al *fine* di *impedirle* un atto di giustizia) senza che questa lo cerchi; e siffatta differenziale non merita di esser notata come carattere del reato (quantunque possa influire sul *grado)* perchè apre l' adito alla distinzione fra chi (a modo di esempio) corre adosso alla pubblica forza che ha eseguito un arresto, e si adopera alla liberazione dello arrestato (lo che sarebbe un *attacco)* e chi essendo minacciato di arresto nella propria persona si oppone ed usa violenza ad impedirlo; e così *resiste.* O alla parola *attacco* si vuole annettere la idea di un fine *direttamente* ostile alla pubblica forza oltre il semplice fine d' impedire l' atto di giustizia; ed allora da quella parola può generarsi equivoco, ed allargarsene il titolo di resistenza oltre i suoi veri confini. È indubitato che la nozione di questo delitto secondo l' art. 209 del codice Francese ha grande divario con la nozione che dà alla resistenza la scuola italiana. L' art. 209 non fa cenno di *fini;* qualunque attacco alla forza pubblica *mentre agisce* per la *esecuzione delle leggi,* è formula che unicamente contempla la materialità; cioè le condizioni della *persona* e del *tempo.* Laddove noi il criterio cardinale di questo reato lo ravvisiamo nel fine d' *impedire l' atto di giustizia.* Anche per noi certamente è reato l' attacco alla pubblica forza durante il suo esercizio. Ma se non ricorre quel fine è violenza pubblica, od altro crimine, non resistenza. Questa differenziale fra la lettera dell' art. 209 francese e la lettera dell' art. 143 del codice Toscano rende affatto inapplicabile la giurisprudenza francese

nata sull' articolo 209 di quel Codice. Sarebbe un errore pretendere che chi (a modo di esempio) per uno sdegno o precedente o subitaneo concepito contro un pubblico ufficiale si lancia sopra di lui, lo percuote o lo insulta, si dichiarasse fra noi (abusando delle dottrine francesi) colpevole di resistenza soltanto perchè l' ufficiale in quello istante esercitava una sua funzione, quando il percussore non agì per il *fine di impedire* quello esercizio. In questi termini di fatto si avrebbe il caso dell' articolo 144 dove ne concorressero gli estremi; cioè la violenza *pubblica* colpita col carcere fino a sei anni. Mai la *resistenza*. Anche il nome di *ribellione* usato in Francia, posto a confronto col nome di *resistenza* usato fra noi, sparge luce su questa differenziale che è incontrastabile. Quali siano poi le condizioni che oltre alla qualifica aggiunta al fatto nel suo titolo naturale per la *qualità dell' offeso*, fanno anche degenerare l' aggressione in *pubblica violenza*, lo dirò a questa materia, e più specialmente alla nota aggiunta al §. 3044.

Articolo II.

Criterii misuratori *della resistenza.*

§. 2782.

Anche nel presente titolo di reato la ricerca dei suoi criterii misuratori si suddivide in due ispezioni, secondochè i medesimi si cercano o nel rapporto del danno *immediato* (forza *fisica* oggettiva) o nel rapporto del danno *mediato* (forza *morale* oggettiva) che anche a parità di danno immediato aumenta la quantità del malefizio o per il maggiore spavento che genera nei cittadini o per la sua maggiore diffondibilità.

I.

Criterii desunti dal danno immediato.

§. 2783.

Sotto questo punto di vista si aggrava il delitto di *resistenza.*

1.° In ragione della maggiore *importanza* dell'atto; come pure per la *dignità* (1) maggiore dello ufficiale a cui si è resistito. Questo criterio comprendesi agevolmente; e bene si scorge quanta sia la differenza che passa fra l' opporsi ad un atto di alta giustizia o ad una operazione di semplice polizia: fra lo impedire la esecuzione di una sentenza e lo impedire una verificazione preliminare: fra il volere esimere un condannato o un cittadino semplicemente sospetto; un condannato notoriamente facinoroso e temuto o un condannato a minima pena: fra l' opporsi ad ordini di autorità superiore o ad ordini di autorità municipale od amministrativa, o di ufficiali subalterni. Infinita è la linea che si può percorrere in questa contemplazione. Ma sempre sarà vero che quanto più interessa alla società che un ufficio tengasi in reverenza, come pure quanto più interessa alla società che l' atto di giustizia si compia, tanto più grave reato commetterà chi voglia con privata violenza impedirlo od opporsi.

(1) Trovasi negli antichi pratici data grande importanza alla distinzione fra resistenza a magistrati superiori e resistenza a magistrati inferiori. Pochissimi (che mi io sappia)

fra i moderni codici riproducono tale distinzione, rilasciandone lo apprezzamento alla prudenza del giudice. Quando la resistenza sia fatta direttamente al Magistrato nasce la questione trattata dal Valenzuela Velasquez *(Consilia lib. 2, pag. 5, n. 36)* e in termini analoghi dal Carpzovio *(responsa Electoralia lib. 6, tit. 10, respons. 97)* relativa a conoscere se sia competente a giudicarla e punirla lo stesso magistrato a cui fu resistito. Più frequente però è la resistenza che si fa ai così detti *esecutori di giustizia*, dei quali il nome speciale mutò nei vari luoghi e nei varii tempi. I Romani ebbero i *littori* derivati loro dagli Etruschi (Fabro *Thesaurus eruditionis, verbo lictor, pag.* 1217) i quali facevano l' ufficio di carnefice. Ebbero gl' *Irenarchi* e gli *Stazionarii* dei quali dissi ad altro luogo (§. 2198 nota) appositamente ordinati contro i ladroni delle pubbliche vie. Ebbero i *vigili* specialmente istituiti da Augusto per provvedere agl' incendii nelle città (Pitisco *Lexicon antiquitatum Romanarum, pag.* 1085) tramutati poscia nei *serenos* della Spagna. Ebbero gli *apparitori*, ministri dei Magistrati, equivalenti presso a poco ai moderni uscieri o donzelli: Calvino *Lexicon juridicum, verbo apporitores, vol.* 1, *pag.* 125. Ebbero i *praecones*, che alternamente facevano l' uffizio dei moderni banditori e dei moderni cursori: Calvino *loc. cit. vol.* 2, *pag.* 279. Nei tempi di mezzo dalla parola *birruarii* nacquero i *birri;* e dalla *familiarità* coi Magistrati nacquero i *famigli*, e la così detta *famiglia*. I Francesi ebbero il *guet* incaricato di vigilare alla sicurezza nelle città; Brillon *Dictionnaire des arrêts vol.* 3, *pag.* 551. Ebbero gli *exempts*, gli *archers*, e la grande istituzione della *marechaussée* descritta per largo da Brillon *vol.* 4, *pag.* 211: poscia i *gendarmes*, i quali dalla vigilanza della disciplina militare, che era il primitivo oggetto della loro istituzione, passarono a più larghe funzioni di polizia generale, e noi ne facemmo la nostra gendarmeria. Lungo sarebbe enumerare i diversi nomi dati successivamente agli esecutori di giustizia ed agli agenti di polizia, poichè spesso è stata ne-

cessità di buon governo di mutare nome e divisa a codesti corpi per rialzarne la forza morale. Ma il nome non fa la cosa, ed è dalle attribuzioni e non dal nome che si desumono i caratteri della resistenza in ordine al suo soggetto passivo.

§. 2784.

Si aggrava pure.

2.° In ragione dello *effetto* ottenuto. Quando la forza privata risultò vincitrice, non solo ne avvenne lo impedimento dell' atto richiesto dal pubblico interesse, ma inoltre il prestigio dell' autorità ne ricevette una grave ferita. Quando invece forza restò alla legge, non si ha a deplorare lo impedimento dell' atto, e il danno pubblico o privato che può derivarne; ma di più l' autorità mantiene eretta la fronte; e la sconfitta riportata è già una pena ed una mortificazione per gli audaci che tentarono aggredirla.

§. 2785.

Si aggrava pure.

3.° In ragione dei *danni recati alle persone* degli esecutori. Il delitto per questa contingenza si complette, e si qualifica per la lesione accessoria del diritto particolare dello individuo che nel servizio pubblico incontrò percosse o ferite dai resistenti: e tale aumento indefinitamente si fa più grande secondo la maggiore entità dei danni patiti. Il titolo del malefizio non cambierà attesa la sua indole di reato sociale, ma qualificato dalla accessione delle offese di altri diritti incontrerà imputazione e pena incomparabilmente più grave di quella ordinaria

sotto la formula generale di effetti più gravi prodotti dal malefizio (1).

(1) Qui disputarono i pratici se nella resistenza con ferite agli esecutori si avessero due delitti od uno solo: Capycelatro *decisiones vol.* 1, *decis* 78. La odierna teorica della prevalenza ha eliminato siffatti dubbi. Vedi però la nota 1 a §. 2807; e avverti che nelle precedenti edizioni per uno sbaglio del Tipografo erasi qui malamente collocata la nota del §. 2806.

§. 2786.

Avviene frequentemente (e quasi poteva dire sempre, per la natura umana che nelle azioni passionate spinge lo agente ad erompere in consentanee parole) che i resistenti congiungano alle violenze della mano le contumelie contro gli ufficiali ai quali resistono; e spesso piace agli accusatori di richiamare i giudicabili a render conto del duplice titolo di resistenza e d' ingiuria qualificata. È questo conforme ai buoni principii della imputazione? Tre assunti possono sostenersi in tale contingenza — 1.° Che veramente si abbia un duplice titolo e debba applicarsi la imputazione e la pena di *ambo i reati* — 2.° Che la ingiuria come pedissequa alla resistenza alla quale non è che un mezzo venga, assorbita in questo titolo; e soltanto *lo aggravi* — 3.° Che non operi nè l' uno nè lo altro effetto, e non debba tenersene conto. Io non credo vero nè il primo nè il secondo assunto, e preferisco l' ultimo.

§. 2787.

È regola generale che quando in un contesto di azione diretta ad un *unico fine* incontrisi la violazione di più diritti non si debba mai scindere il titolo del reato; ma costituirne uno solo che viene determinato da ciò che risulta prevalente nel confronto tra la lesione del diritto che era *fine* all'agente e la lesione che operò come *mezzo*. Chi resiste alla pubblica forza ha un fine unico; quello cioè di resistere ed impedire con ogni sua attività l'atto di giustizia inviso a lui. Tutta l'attività fisica del resistente muove da questo unico impulso verso questo solo fine; e la mano e la voce ed il piede ed ogni elemento di attività non offre che un coacervato di mezzi per ottenere la offesa alla giustizia. Niente volge il pensiero all'onore dello individuo al quale resiste, e che forse non conosce neppure di persona: tutto per lui si dirige all'aggressione del diritto universale; e i diritti dello individuo si offendono a questo solo intento. Mentre la mano tenta vincere la forza fisica dello ufficiale, la voce procura deprimerne l'animo: non per menomarne la riputazione, ma per meglio indurlo a cedere, si grida e s'insulta. Le parole o minacciose o ingiuriose procedono da una sola proeresi criminosa, e non sono che momenti di una sola azione (1). Come sarebbe ingiusto punire alcuno per furto violento e dargli poi debito delle minacce ed offese recate al proprietario come di titolo separato, così è ingiusto applicare la pena della resistenza ad alcuno e dargli poi debito delle ingiurie proferite contro l'uffi-

ciale. Tali ingiurie divengono punibili per loro stesse allora soltanto quando non rimanga obiettabile il titolo assorbente di resistenza.

(1) Sapientemente a mio credere decise in questo senso la Corte di Cassazione di Firenze col decreto che trovasi inserito negli *Annali di giurisprudenza Toscana, anno* 1858, *parte* 1, *colonna* 379.

§. 2788.

Neppure io credo che possa nei casi ordinari tenersi conto delle ingiurie come di un' *aggravante*. Certi mezzi aggravano il reato principale per l'una o per l'altra di queste due ragioni — 1.° o perchè rendono più difficile la repulsa del reato principale — 2.° o perchè ledono un ulteriore obiettivo. Ora sembra a me che quanto alla ingiuria incidente nella resistenza non possa dirsi nè l'uno nè l'altro.

§. 2789.

Non può dirsi il primo, perchè certamente assurdo il credere che un ufficiale bersagliato dai pugni dei resistenti, o dai sassi lanciati da loro, abbia ceduto alle violenze perchè a queste andarono congiunte le parole di *birbante* e *assassino;* e non avrebbe ceduto se quelle parole non si fossero udite da lui. Sente ognuno che quattro pugni o quattro sassi di più hanno energia maggiore ad ottenere il pravo fine, che non l'abbiano venti sconcie parole. Repugna che quando un reato ha la essenza sua in un mezzo più grave e più riprovevole, il mezzo più insignificante ne aumenti la odiosità (1).

(1) Chi direbbe aggravato il furto violento perchè alle offese corporee andarono congiunte parole minacciose od insultanti?

§. 2790.

Non può dirsi neppure il secondo, perchè l'obiettivo dell'onore dello ufficiale, a ben guardare, è già implicitamente aggredito nella stessa resistenza. Non vorrà certo affermarsi che resistere ad un ufficiale sia un atto di reverenza verso di lui; desso è di per sè un gravissimo oltraggio, implica la opinione di viltà, esprime il disprezzo, include il rimprovero d'ingiustizia: non si va per figure rettoriche quando si dice che qualunque opposizione si faccia agli atti di un'autorità è una ingiuria contro l'autorità stessa. Non si punisce come ingiuria quando la violenza od altre condizioni da cui si accompagna fanno sorgere un più grave titolo: ma se il più grave titolo scomparisce bisogna bene ravvisare almeno una ingiuria nel fatto di chi nega la legittimità del comando. Dunque se nella resistenza vi è sempre implicita, oltre la offesa alla giustizia, l'aggressione all'onore dello individuo che rimane assorbita nell'obiettivo più importante, non è vero che per una parola di più sorga la offesa ad un diritto ulteriore. Lo stesso senso morale non si adatta a questo risultamento, che di due resistenti debba punirsi meno colui che ammenò dieci pugni, e punirsi di più colui che ammenò un solo pugno perchè aggiunse ancora la parola contumeliosa.

§. 2791.

Io penso dunque che nei casi ordinarii il concorso di parole contumeliose nella resistenza non debba valutarsi nè come titolo ulteriore di reato nè come criterio di aumento nella quantità della medesima, la quale vuol essere misurata unicamente sulla ragione delle circostanze che costituiscono la sua essenzialità. Evvi però una ipotesi nella quale si deve congiungere al rimprovero di resistenza anche quello d'ingiuria qualificata: ciò si deve per le ingiurie che sopraggiungono a resistenza esaurita. Spesso il popolo dopo che ha ottenuto con modi violenti la liberazione del carcerato insegue con fischi e grida oltraggiose gli esecutori alle case loro. Qui lo scopo di resistere è cessato; e comincia una nuova fase delittuosa distinta nell'obietto, distinta nella proeresi, e che vuol essere distintamente imputata (1).

(1) Secondo la falsa dottrina di alcuni antichi Dottori, i quali illusi da un frammento di Ulpiano volevano estendere ai fini penali la massima di giure civile — *ratihobitio aequiparatur mandato*, questi insultatori successivi sarebbero corresponsabili della resistenza antecedente sebbene non vi avessero preso parte. Ma quella opinione è ormai rejetta a buona ragione da tutte le scuole: Renazzi *Elementa juris crim. lib.* 1, *cap.* 9, §. 4, *pag.* 153. E la regola opposta, che la ratifica in qualsivoglia modo espressa non mai costituisse complicità, è così certa che non vale la pena di occuparsi a dimostrarla: nè potrebbe dirsi che la insecuzione dileggiatrice degli esecutori fosse una *continuazione* della resistenza, perchè anche questo sarebbe un assurdo. La resistenza ha il suo obiettivo nello impedire l'atto

di giustizia. Quando questo fine è raggiunto, quando la esimizione è consumata, quando non vi è più nulla da impedire, e gli esecutori tornano rassegnati verso le loro caserme come i Cavalieri Cristiani descritti dal Tasso dopo la fuga di Erminia, la idea di resistere non cape più in mente di chi sfoga il suo sdegno contro gli esecutori, e quello sfogo di sdegno può estrinsecarsi in tutt' altro titolo di reato tranne quello di resistenza. E se piacque talvolta tradurre come complici della resistenza coloro che avevano preso parte all' inno della vittoria senza avere preso parte alla battaglia, fu questo un errore.

II.

Criterii desunti dal danno mediato.

§. 2792.

Nella resistenza, come in ogni altro malefizio, s' incontra il fenomeno che se ne aumenti la quantità sotto il punto di vista puramente politico anche astrazione fatta dalla contemplazione di un maggiore detrimento direttamente inferito dall' azione criminosa o al diritto universale o al diritto particolare. Ciò avviene per la contingenza di certe circostanze accessorie che indipendentemente dalla gravità intrinseca del fatto ne fanno prevedere più facile, più efficace, e più probabile la ripetizione, ed in un maggior numero di cittadini ne diffondono il timore.

§. 2793.

Sotto questo punto di vista si aggrava la resistenza.

1.° In ragione del *preordinamento* o complotto dei resistenti. Le osservazioni che ad altre occasioni facemmo sullo influsso morale, e conseguentemente politico, della premeditazione, si riproducono al presente luogo. L'aggravante s' informa sempre al pensiero che più difficilmente si repelle il malvagio quando aggredisce con studiato preordinamento, e più agevolmente si repelle chi inconsultamente, e senza calcolo preordinato muove all' attacco.

§. 2794.

Si aggrava puro.

2.° Pel *numero* dei resistenti: ed anche qui è intuitivo come sorga nel pubblico maggior cagione di sgomento nel prevedere la rinnovazione possibile di una resistenza alla quale il numero dei concorsi dà speranza di soverchiare gli agenti della pubblica forza; anzichè la ripetizione di una resistenza impotente e meschina che mai non arriverà a frangere il coraggio e la fermezza degli esecutori. Sul che però è da avvertirsi che il numero dei resistenti dovrà valutarsi sotto un punto di vista relativo piuttostochè assoluto. Vi sarà (a modo di esempio) aggravante nel numero dei resistenti quando sei cittadini abbiano aggredito due esecutori: non vi sarà quando quei sei abbiano con impotente delirio preteso vincere una squadra compatta di quindici o venti agenti della forza (1).

(1) Questa aggravante ha il suo modo e la sua ragione di essere indipendentemente affatto dalla precedente: laonde essa ricorre anche quando i molti si riunirono a resistere

per istantanea determinazione. Nè vi ha luogo a distinguere fra i primi che cominciarono a resistere in pochi ed i successivi che formarono i molti: così quelli come questi subiscono la responsabilità dell'aggravante derivata dal numero. La subiscono i primi, perchè con lo incominciare a resistere furono causa del sopravvenire degli altri. La subiscono gli ultimi, perchè quando si dettero a partecipare nel delitto vedevano che la lotta si sosteneva da molti.

§. 2795.

Qui i vecchi pratici risalendo ai frammenti del diritto romano (1) portarono innanzi il concetto giuridico della *turba,* variando però nella definizione del *numero* necessario a comporla, e variando nel requisito della precedente congregazione degli uomini (richiesta da alcuni sotto nome di *conventicola* e da altri no) a costituire la turba. Ma veramente il concetto che noi vogliamo esprimere mercè la indicazione del *numero* fra i criterii aggravanti della resistenza non è quello della turba; perchè vedremo a suo luogo che il concorso della vera e propria turba nel suo senso esatto può far degenerare la resistenza in *violenza pubblica.* I codici contemporanei hanno abbandonato queste nozioni troppo perplesse, ed hanno a talento loro definito con cifra positiva il *numero* dei resistenti richiesto ad aggravare il reato. In tale stato di legislazione può in generale dirsi che (tranne quando la speciale locuzione di qualche codice costringe a ritenere il contrario) all'aggravante desunta dal numero non è necessario requisito la precedente apposita congregazione. Soltanto è da riflettere se il

numero (2) qualificante possa costituirsi dalle stesse persone degli arrestati, i quali se sono in molti a resistere si trovano in molti non per un atto della volontà loro, ma perchè piacque ai pubblici ufficiali d'intimare a molti contemporaneamente l'arresto.

(1) La distinzione fra *turba* e *rissa* risale alla *l.* 4, § 3. *vi bonorum raptorum*, ove Ulpiano decide *tres aut quatuor turba non erit, decem aut quindecim homines turba dicetur.* Ma i codici moderni hanno abbandonato il concetto della turba nella resistenza, ed hanno definito variamente il numero di persone che ne costituisce aggravante; partono da tre il codice Francese, art. 211; il Parmense, art. 220; l'Estense, art. 197: partono da due il codice Jonio, art. 300 e il Belga, art. 272. Il codice Portoghese (art. 186, §. 2) porta il numero qualificatore a più di tre individui ed eleva la pena dalla prigione alla relegazione temporaria.

(2) Si fa ancora questione se ad aumentare il numero dei resistenti debbano calcolarsi gli *irresponsabili*. Per esempio: il padre al quale venne intimato l'arresto aveva seco due figli della età di nove o dieci anni che per il codice Toscano sono dichiarati assolutamente irresponsabili. Egli si diede a lottare contro gli apparitori, e i due figli lo ajutarono nella lotta. Sarà una resistenza di *tre* individui, oppure di *un* solo?

§. 2796.

Si aggrava pure.

3.° In ragione del *luogo pubblico*, dovendo certamente considerarsi in tali località come politicamente più grave la lotta del privato contro lo agente della forza pubblica, per il maggiore oltraggio non solo ma anche per la previsione che rinnovandosi in tali condizioni simili fatti possano aumentarsi i

facinorosi di altri male intenzionati i quali profittino della occasione a suscitare seri tumulti. Il danno mediato si diffonde e s' ingrandisce quando al pensiero di *ciò che è avvenuto* si congiunse più minaccioso il pensiero di *ciò che poteva avvenire:* non si calcola come elemento di gravità politica un pericolo *appreso,* ma un pericolo *corso.* Una resistenza che sia esaurita nella lotta dei membri di una famiglia, pugnata senza clamori nelle pareti domestiche, senza nocumento alle persone degli esecutori, e con resultato favorevole a loro, è un delitto così passeggiero ed inconcludente da doversi portare allo infimo gradino della scala penale.

§. 2797.

Si aggrava pure.

4.° In ragione del *modo* o *mezzi* adoperati, e più specialmente delle *armi:* intorno alle quali vuolsi distinguere se furono raccolte accidentalmente sul luogo, o appositamente preparate (1). E qui ripeterò che niente mi persuade la equiparazione dettata da molti codici delle armi *apparenti* alle armi *nascoste* pel fine di aggravare la resistenza. Arrestato un resistente nella flagranza del delitto, se perquisitolo si rinviene nella sua tasca una pistola od un coltello, si vuol dire a lui che è colpevole di resistenza qualificata perchè aveva armi in dosso. Io credo invece che costui abbia diritto di replicare: dando opera alla resistenza con ogni mia forza fisica senza por mano all' arme che io aveva in tasca io ti mostrai chiaro che non aveva volontà di resistere a mano armata: la tua contraria presunzione è il-

logica perchè smentita dal mio fatto; e il fatto positivo è più eloquente di tutte le tue presunzioni. Io sono meno reo di quel mio compagno che resistendo con me andava cercando e chiedendo armi perchè non le aveva: costui mostrò almeno la intenzione di iniziare una resistenza a mano armata: io mostrai la intenzione contraria. Se la mia delazione è di per sè un delitto od una trasgressione potrai bene punirmi per questo titolo: ma non puoi senza offesa alla verità convertire in una aggravante del delitto principale una circostanza che io non destinava a servirle di mezzo, che di fatto non le servì di mezzo, e che non esercitò sul medesimo veruno influsso nè morale nè fisico (2). Del resto i *mezzi* che qualificano la resistenza debbono essere relativi a violenze materiali, e non può darsi siffatto valore alle semplici ingiurie (3).

(1) Ciò in faccia alla scienza è incontrastabile. Ma poichè la maggior parte dei codici non danno seguito a questa distinzione essa è negletta necessariamente in pratica. Così la Corte Suprema di giustizia in Napoli con giudicato del 17 luglio 1822 (Armellini *repertorio vol.* 5, *pag.* 81) stabilì ricorrere la qualifica dell' arme nella resistenza anche per l' arme acquistata nel momento stesso da qualunque altra persona quantunque non correa della resistenza. È però meno severa e più ragionevole questa massima che non l' altra la quale adegua le armi *occulte* alle armi *brandite* a danno dei pubblici ufficiali. Ma se per le ragioni che qui sopra adduco è una vera iniquità adeguare nella resistenza lo aggravamento desunto dalle *armi nascoste* allo aggravamento delle armi *apparenti* e minacciosamente brandite, peggiore abuso e più stolido assurdo è quello di ritenere *l' arme nascosta* come *più aggravante dell' arme appa-*

rente. Eppure questo singolare assurdo trovasi anch' esso nel codice Sardo ove si combinino gli articoli 250 e 252. La resistenza che nel caso semplice l' articolo 249 punisce col carcere incontra la pena della reclustone se fu commessa in una *riunione armata* di persone che non siano in numero maggiore di dieci nè minore di tre. Fin qut nulla è osservabile. Ma il successivo art. 250 definisce la *riunione armata* in questi precisi termini — *quando più di due persone portavano armi apparenti*. Dunque se in una riunione *due soli* furono delatori di *armi apparenti* non vi è riunione armata e non può aver luogo la pena della reclusione. Lucio e Caio delatori di armi apparenti devono punirsi col solo carcere. Ma l' art. 252 prosegue con una speciale disposizione ad ordinare che quantunque la riuntone non possa dirsi armata perchè non vi era *più di due* persone munite di *armi apparenti*, e così per i sette o otto resistenti non si oltrepassi la pena del carcere, pure se vi sarà un *individuo* delatore di *armi nascoste* costui sarà individualmente punito come se la riunione fosse stata armata, cioè con la reclusione. Che ne pare egli di questa distribuzione di peue? Lucio e Cajo brandivano una sciabola: sono puniti col carcere: Lucio e Cajo avevano invece un piccolo coltello in tasca; sono puntti con la reclusione: Lucio brandiva una sciabola contro gli esecutori, e Cajo tenne in tasca il suo piccolo coltello da tagliar pane del quale non pensò mai ad usare contro gli apparitori, ed ecco il primo condannato alla carcere ed il secondo alla reclusione. Questa è la logica del Codice Sardo. E quando non vi è logica nella legge non è meraviglia se talora perdono la logica anco i giudici. Così avvenne al Tribunale di Legnago che con pronunzia del 29 aprile 1872 dichiarando la propria incompetenza giudicò meritevole di reclusione un certo *Bassotto* perchè nel resistere insieme ad altri cinque aveva egli solo brandito un ronchetto, e ne addusse la singolare ragione che se quell' arme era stata *apparente* doveva precedentemente essere *stata nascosta*. E proprio di aver mancato alla buona logica appuntò quella

sentenza lo illustre Procuratore Generale Miraglia denunciaodola alla Corte di Cassaziooe di Firenze con requisitoria del dì 28 maggio 1872. Nè tardò la Corte Suprema a cassare quella pronunzia con il suo decreto del 27 agosto 1872: e fu fatto benissimo. Ma se il povero *Bassotto* invece di brandire il ronchetto contro i Carabinieri se lo era tenuto nascosto nella sua tasca, nè la Regia Procura, nè la Corte Suprema avrebbero potuto salvarlo dalla reclusione. Bisogna però esser sinceri. Di questo assurdo non hanno colpa i legislatori del 1859. Essi ne sono inoocenti come agnelli, giacchè non fecero che copiare letteralmente gli articoli 214, 215, e 217 del vecchio codice Sardo del 26 ottobre 1839. Ma neppure a quei legislatori della Monarchia assoluta può rimproverarsi siffatta colpa perchè aoch' essi non fecero che tradurre gli articoli 210 a 215 del codice penale francese del 1810, tranne che dove il codice di Francia all' art. 210 per mandare alla galera dimandava una riunione *di più di venti persone,* il vecchio codice Sardo all' art. 213 e il codice liberale del 1859 all' art. 248, onde mostrare un rincaro di severità sopra Napoleone I. si contentano di più *di dieci* persone per infliggere la galera. È così! . .

(2) Un' aggravante della resistenza può sorgere ancora dalle qualità della *persona,* quando un pubblico ufficiale si unisca al popolo che vuole impedire ad altri pubblici ufficiali la esecuzione di un ordine. Questo non è caso di abuso di autorità, nè il caso previsto dal codice Fraocese all' art. 188: perchè il pubblico ufficiale non si giova direttamente della sua autorità per fare cosa ingiusta e cootro la legge. Egli agisce come individuo. Ma pure la persona che egli riveste può dare incoraggiamento ai privati: e quantunque non possa a lui a tutta esattezza rimproverarsi un abuso di pubblico ufficio, pure il suo intervento nel delitto commesso dai privati lo deve sottoporre ad un' aggravaute. Ma di questo non è a tenersi parola come di una specialità, poichè già dicemmo (§. 2553) che per regola generale tutti i delitti commessi dai pubblici ufficiali anche senza abuso dello ufficio meritano

un aggravio per il maggior danno mediato, derivante dalla forza maggiore del mal esempio di un delitto partito da loro.

(3) Ferrao (*theoria do direito penal, vol.* 5, *pag.* 45) commentando l'art. 186 del codice Portoghese, e per argomenti speciali a quel codice, insegna che anche le ingiurie, benchè non accompagnate da minaccia, costituiscano resistenza; perchè anche le ingiurie possono determinare gli agenti della pubblica forza a desistere dalla esecuzione dell'atto di giustizia: noi non accetteremmo come regola scientifica questo pensiero. A torto poi pretende Ferrao avvalorare la sua tesi con l'art. 117 del codice Brasiliano il quale contempla le sole *minacce*, e vuole di più che siano *minacce di violenza capaci di atterrire qualunque uomo di fermezza ordinaria;* e col §. 70 del codice Austriaco che contempla le *minacce gravi*. Ricordo pertanto questa dottrina al solo fine di mostrare che se un giureconsulto potè insegnare che le *ingiurie siano giuridicamente mezzo* alla resistenza, e ciò a fine odioso, potè con buona ragione la Cassazione Toscana ritenere che un cittadino *consideri le ingiurie ideologicamente come mezzo* alla resistenza quando una resistenza con violenze realmente avvenne, pel fine di evitare l'assurdo di cumulare per lo istesso contesto di azione la pena della ingiuria alla pena della resistenza.

Articolo III.

Del grado *nella resistenza.*

§. 2798.

Anche nel presente malefizio la dottrina del grado guardata nelle sue specialità applicative, ci richiama ad esaminarlo nel rapporto della *forza fisica* e nel rapporto della *forza morale.*

I.

Degradanti della resistenza nel rapporto della forza fisica.

§. 2799.

Per ciò che attiene alla complicità lo aspetto speciale che presenta il reato di resistenza deriva da questo, che il momento consumativo del malefizio non si esaurisce in uno svolgimento rapido e concentrato, come nel furto, nell' omicidio, od in altri simili reati; ma spesso si prolunga e si protrae per parecchi intervalli di luogo e di tempo. Laonde potrà nascere difficoltà nel distribuire la qualità di semplici ausiliatori o quella di *coautori* o *correi* ai diversi partecipanti. Questo problema si scioglie peraltro assai agevolmente prendendo a norma il principio che il delitto di resistenza si consuma col primo momento in cui si resiste. Ogni atto violento contro la forza consuma in sè solo un reato di resistenza: laonde tanto è coautore di resistenza chi lottò contro gli esecutori nel primo momento della lotta, come colui che sopraggiunse a pugna già mossa; tanto colui che vi prese parte nella via dove si cominciava a resistere, quanto colui che vi prese parte forse a cinquecento passi distante dove si continuò a resistere. La figura dell' ausiliatore nella resistenza si restringerà agli istigatori o ai porgitori di arme: ma tutti coloro che avranno eseguito atti materiali contro gli agenti della forza non potranno definirsi che come *coautori;* salvo lo attribuire a chi

si deve le circostanze aggravanti speciali o le minoranti che non siano comunicabili.

§. 2800.

Infatti guardata la dottrina del *conato* in questo malefizio è concorde lo insegnamento che desso si consumi col solo cominciare a resistere, senza cercare od attendere nessun raggiungimento di fine, e nessun resultamento ulteriore. Il diritto che ha la pubblica giustizia alla inviolabilità dei suoi esecutori costituisce l'oggettivo del reato: questo oggettivo è ormai ferito, ed il delitto è perfetto tostochè la forza fisica del privato si è estrinsecata contro i pubblici agenti al fine d'impedirne l'uffizio. Il più od il meno che siasi fatto sarà questione di quantità; ma il reato dovrà sempre imputarsi come perfetto.

§. 2801.

A tale proposito io vidi spesso un errore intrudersi nella mente di alcuno: alludo a quello di confondere il titolo di *resistenza* col titolo di *tentata esimizione*. Se fosse possibile la coesistenza giuridica di questi due titoli, quello di resistenza sarebbe ben di rado obiettabile, perchè quando si resiste alla forza ciò quasi sempre si fa col fine di sottrarre una cosa od una persona dalla sua mano. La resistenza è sempre delitto porfetto in sè stesso. La resistenza è un delitto più grave che non sia la esimizione guardata indipendentemente da quel mezzo più odioso: tanto ciò è vero che la esimizione scompagnata da mezzi violenti in molti casi neppure si

punisce (come a suo luogo vedremo) o si punisce mitissimamente. Dunque se è più nel *mezzo* che nel *fine*, e se il mezzo presenta un reato già in sè *perfetto*, è un gravissimo abbaglio sostituire nella definizione del fatto al completo e più grave ente giuridico un ente giuridico inferiore ed incompleto (1).

(1) Carmignani *Elementa* §. 232.

II.

Degradanti della resistenza nel rapporto della forza morale.

§. 2802.

Anche qui s'incontrano inesattezze in coloro che hanno riferito alla quantità del reato circostanze che non sono valutabili sotto altro punto di vista che come degradanti. Io non alludo all'età, alla ubriachezza, sordomutismo, debolezza mentale, ed altre simili condizioni soggettive, le quali (poco più poco meno) tornano sempre eguali in ogni malefizio come degradanti o dirimenti della sua forza morale soggettiva. Alludo alla pressione psicologica che certe situazioni possono esercitare sull'animo di chi resiste al pubblico ufficiale, e che lasciando sempre le forze oggettive del reato nel loro stato normale, a torto s'indicherebbero come cause di detrazione alla sua quantità così naturale come politica, mentre esse non funzionano che come degradanti della forza morale soggettiva del malefizio.

§. 2803.

La prima degradante speciale che vuolsi notare nella resistenza sotto questo punto di vista è lo aver commesso il delitto nel *proprio* personale interesse. Singolare sembra davvero che mentre in generale tutti i crimini si commettono per un movente di proprio creduto bene siavi un delitto in cui avere agito per conto proprio offra una minorante. Ma pure è così. Tanto gli antichi quanto i moderni (1) criminalisti hanno insegnato doversi usare speciale mitezza verso chi resiste alla forza per sottrarre sè stesso da un arresto imminente. Ciò deriva dal rispetto che bisogna pur sempre prestare alla legge dell' umana natura, allo istinto della propria conservazione del quale è un contenuto l'amore della individuale libertà, a cui spesso si obbedisce anche dai più onesti a dispetto dei severi comandi della legge. E ciò che vi ha di più singolare in questo si è che mentre la gravità del delitto o della pena che dava causa all' arresto di colui che resistette aumenta (per ciò che si è mostrato) la *quantità* del reato di resistenza, tale gravità controagisce nel *grado* rispetto a colui che vuol liberare sè stesso, ed aumenta a dismisura la degradante. Poco si valuterà la scusa di avere agito per liberare sè stesso a pro di colui che lottò con gli esecutori per sottrarsi alla coercizione di pochi giorni di carcere: ma ponete che a costui sovrastasse una pena capitale, e quando ei riesca ad andarne assoluto ditemi se avrete il cuore di soggettarlo ad una pena severa per avere resistito a chi minacciava di conse-

gnarlo al carnefice. Ho già detto che in simili circostanze era unanime la dottrina dei pratici nello esimere da ogni castigo i conati fatti *manibus vacuis;* e questa dottrina io tengo per buona quantunque talvolta incontri degli oppositori: ma quando anche la resistenza di chi lottava per salvare sè stesso siasi estrinsecata in atti di qualche gravità, questi atti dovranno imputarsi in ragione di loro stessi, ma poco giustificato sarà il mantenere come argomento di rigore il titolo di *resistenza.*

(1) Esplicito in questo senso è l' art. 267 del codice Sardo che diminuisce di un grado la pena della resistenza — ivi — *semprechè il colpevole l' abbia commessa per sottrarsi all' arresto o per impedire l' arresto* o *procurare la liberazione del conjuge, dell' ascendente, discendente, fratello, sorella, o affine negli stessi gradi, ovvero dello zio o nepote.* La Corte di Cassazione di Palermo con giudicato del 20 novembre 1865 disse che la mitigante dell' art. 267 procede unicamente per i fatti contemplati nei titoli relativi alla ribellione, e non procede altrimenti nel caso di omicidio commesso per resistere alla pubblica forza; cosicchè per l' art. 533, §. 4 sia a questo fatto impreteribilmente applicabile la pena di morte. Questa massima detta perfuntoriamente in quel giudicato, che trovasi nel *n.* 30 del giornale *la Legge anno* 1866, ha bisogno di essere meditata. È vero che l' art. 533, §. 4 non distingue; ma esso però contempla il caso *ordinario* della ribellione che già suppone meritevole della pena ordinaria: ma poichè l' art. 267 ha riconosciuto nella ribellione a salvezza propria o dei congiunti un caso straordinario; così ragion vuole che l' art. 533, §. 4 non si estenda oltre il caso ordinario previsto, specialmente al duro fine di portare alla morte. La mitigante una volta riconosciuta dalla legge per ragioni soggettive non può cancellarsi per l' accidentalità di un risultamento più grave.

§. 2804.

Lo stesso certamente non può dirsi dei terzi. A questi corre l'obbligo di lasciar libero campo alle opere di giustizia, e nei termini ordinari non darà scusa a loro la simpatia che alleghino verso l'arrestato, ed accrescerà invece la odiosità loro l'antipatia che deducano contro i pubblici ufficiali. Ma vi sono dei casi nei quali siffatta simpatia e siffatta antipatia hanno un fondamento incrollabile nella legge di natura, e nei moti congeniti al cuore umano; ed allora bisogna valutarli come degradanti anche a favore dei terzi.

§. 2805.

Bisogna valutare l'affetto verso l'arrestato a favore del padre, del figlio (1) della moglie o fratello del medesimo che mossi da istantaneo dolore (sia pure ingiusto) non seppero frenare i propri moti e si lanciarono per pietà di lui alla riscossa di quel loro carissimo che chiedeva aiuto e soccorso. Certamente l'ordine politico vuole che si comprimano cotesti moti in faccia alla autorità della legge: punirli è necessità; ma nel punirli si deve scendere nel nostro cuore, e, sommessamente ripetendo la sentenza del Redentore, dimandare a noi stessi, saremmo noi senza macchia in simile caso?

(1) Vedasi Cerretelli *Repertorio di Giurisprudenza Criminale, verbo resistenza, n.* 1.

§. 2806.

Bisogna valutare l'antipatia verso gli esecutori quando questi le hanno dato cagione usando sevizie inumane verso l'arrestato. Non è più allora la tenerezza dell'affezione quella che fa ruinare agli atti violenti: è un santo fremito d'indignazione che commuove il cuore e rapido sale a perturbare la mente, e tanto più commuove e perturba quanto più quel cuore è generoso ed umano. La malvagità criminosa dell'obbedire a codesti moti è allo infimo grado, perchè si perde nella coscienza di far cosa giusta ed impedire una scelleraggine: ed anche il concetto giuridico della resistenza in certa guisa impallidisce a rigore di principii, perchè coloro non agirono pel *fine di impedire l'atto di giustizia* (che è lo essenziale di questo reato) ma pel fine d'impedire lo strazio (1) di una umana creatura. In faccia a questi argomenti anche la politica stessa conviene curvi la fronte, perchè gli è forza confessare a sè medesima che i suoi ministri furono i primi a fallire, e furono la vera causa dell'avvenuto disordine. Ecco perchè io vidi tante volte le sentenze miti in cause di resistenza salutate dalle acclamazioni del popolo, malgrado i bruschi pigli dei barbassori che credono si guidi il mondo civile col bastone e col terrore. È per questo ordine d'idee che ogni qualvolta non si possa o non si voglia ammettere come dirimente la ingiustizia (2) dell'atto al quale si è resistito, questa si valuta comunemente come degradante della imputazione perchè opera una minorazione della malvagità soggettiva.

(1) Coloro che o per opinione propria, o per ossequenza ad uno statuto locale esplicito in contrario, non ammisero mai come *dirimente la ingiustizia dell' atto* a cui si era resistito, riconobbero senza esitazione in tale circostanza una *diminuente:* Poggi *elementa jurisprud. crim. lib.* 2, *cap.* 17 §. 91 — Cremani *de jure criminali lib.* 2, *cap.* 4, *art.* 4, §. 5. Ma qui si intruse un equivoco, e nello insegnamento si contemplarono come unico caso due casi distinti. L' antica pratica francese guardando la ipotesi che un arrestato fosse stato sottratto dalle mani della forza, determinava (quasi con una forma speciale di taglione) la pena dei sottrattori sulla pena che avrebbe incontrato colui che erasi liberato. Di qui la pratica che si dovesse aspettare l' esito del giudizio contro il reo principale per misurare sulla pena di lui la pena di coloro che lo avevano liberato, o tentato di liberarlo: Carrard *de la jurisprudence criminelle sect.* 2, *cap.* 5, §. 3, *n.* 3, *pag.* 254. Con tale sistema se nel giudizio contro il reo principale costui veniva dichiarato innocente non si trovava pena da infliggere ai suoi liberatori. Al che riparò la pratica francese infliggendo in questo caso pena mitissima. Così invalse la regola che alle violenze usate per liberare un arrestato giovasse come minorante la pena la innocenza dello arrestato medesimo posteriormente riconosciuta. Ma vi vuol poco a capire che questa ipotesi è ben diversa da quella della resistenza ad atto ingiusto, perchè anche lo arresto di uno innocente quando è voluto da circostanze fatali che cumularono indizi sulla sua testa, ed ordinato dal giudice competente, è un atto *giusto*. Nessuno sognò mai di sostenere che impunemente un cittadino resista alla forza perchè sa di essere innocente, quantunque legalmente gl' intimi lo arresto; nè che un terzo, il quale sappia per avventura che quello arrestato è innocente, possa senza reato aggredire gli esecutori o liberarlo. Porre la questione in siffatti termini sarebbe assurdo. Sta bene però che la colpevolezza o non colpevolezza del reo liberato o tentato di liberare si calcoli nei criterii misuratori della resistenza desunti dal danno

immediato, sebbene anche nella liberazione dello innocente rimanga il danno immediato del mancato rispetto alla autorità.

(2) Che si possa impunemente resistere all'ordine notoriamente ingiusto quantunque il danno sia reparabile, lo insegna anche Strykio *disputatio de facto judicis vol.* 3, *disput.* 23, *cap.* 6, *n.* 53 — Cravetta *consilia* 303, *n.* 4 — Klock *de aerario cap.* 18, *n.* 109 — Hondedeo *consil.* 82, *n.* 24, *vol.* 1 — Mevio *decisiones pars* 5, *decis.* 369, *et decis.* 308 — Amaja *in codice in l.* 5, *Cod. de jure fisci, n.* 10 — Catalano *tractatus criminalis n.* 81, *pag.* 331. Vedasi anche Cavalcano *de brachio regio, pars* 2, *n.* 95.

Articolo IV.

Penalità *della resistenza.*

§. 2807.

Gli antichi legislatori in mezzo alla fierezza delle loro penalità non avevano grande mestiere di studio per atteggiarsi a rigore contro i colpevoli per resistenza alla forza. I loro apparitori, o birri, o famigli, o con quale altro nome piacesse chiamarli, sapevano bene risparmiar loro lo imbarazzo di queste procedure. I bandi inesorabili che taglieggiavano i contumaci dando balìa di prenderli o morti o vivi, imprimevano alle squadre degli esecutori un' attitudine guerresca alla quale i banditi dal canto loro rispondevano con equivalenti apparecchi; e un tentativo d'arresto convertivasi spesso in una battaglia (1). Contro i resistenti si dettavano bene anche allora repressioni penali, ma nell' abituale spettacolo di resistenze sanguinose assumevano importanza

minore le resistenze in guanti gialli, alle quali ci ha assuefatto la civiltà moderna, ed alle quali noi diamo oggidì una importanza forse maggiore che non si desse loro in antico. Di qui nacque che avverso questo reato le vecchie penalità si mostrarono meno draconiane che nol fossero avverso altri malefizi; sebbene anche qui tratto tratto sbucasse fuori la indefettibile ferocia dei tempi.

(1) Nei processi di resistenza i vecchi pratici furono sempre diffidenti verso le deposizioni dei birri: Guazzino *de defensione reorum defens.* 5, *n.* 9 — Caballo *resolut. crimin. cas.* 127 — Panimolle *decis.* 45, *n.* 31; che pone come regola costante la inattendibilità delle loro testimonianze. E veramente nella mia pratica io vidi che tali deposizioni erano troppo spesso esagerate ed animose, non solo per effetto di naturale antipatia, ma anche per interesse personale. Se i resistenti furono vittoriosi gli esecutori hanno interesse a magnificare l' aggressione patita, per non aver rimprovero di viltà: se la resistenza fu repressa hanno uguale interesse per esaltare la propria bravura. Qualche moderno osservando che in questi malefizi la offesa al diritto *universale* determina la classe, e costituisce la speciale essenza del malefizio, opinò che l' ufficiale ferito non potesse intervenire in causa come parte civile, quasichè la prevalenza del *danno universale* cancellasse e distruggesse il *danno particolare*. Questa nuovissima tesi fu bene confutata da Faranda (nella *Temi Zanclea anno* 2, *n.* 15) con la replica altrettanto giusta quanto semplice, che è falso quel presupposto. Se o la teoria od un codice per determinare il titolo di un malefizio pigliano norma dalla offesa al diritto *universale*, e lo collocano fra i reati sociali, non è per questo che cessi di esistere la lesione al diritto *particolare* dello ufficiale, a lui competente come individuo, ed eventualmente concomitante all' altro. Lo essere offeso l' *ufficio* nella persona determina il *titolo*, o la *penalità* mag-

giore, ma non fa cessare la offesa minore patita dalla persona come individuo. La dottrina di Faranda però presuppone una offesa allo individuo. Quando il carabiniere, niente offeso nella sua persona, volesse costituirsi parte civile contro una *resistenza semplice*, mi permetterei dubitarne.

§. 2808.

Nasce da questo che in molti degli antichi statuti penali non trovasi neppure il titolo della *resistenza*, e parecchi istitutisti appena ne dettero cenno. Si contemplò seriamente questo reato quando era commesso con turba armata, con tumulto, con sedizione, e trovatovi facilmente il sentore della lesa maestà (1) si andò velocemente alle pene supreme. Ma finchè trattossi di piccole lotte contro gli esecutori non susseguite da pubblica perturbazione, si ritenne da un lato il buscare qualche colpo come un incerto del mestiere di birro, e dall'altro lato come un istinto mal frenabile di natura lo usare della propria forza al fine di mantenersi in libertà. Già è questa una osservazione generale che gli antichi legislatori non fondando il giure penale nè sul principio della emenda nè su quello della tutela giuridica, ma per una parte di reati sul principio ascetico e per l'altra sulla intimidazione, miravano a grandi spettacoli; ed esaurita la ferocia loro sopra i maggiori delitti trascuravano i piccoli delinquenti, quasi preparando in loro la futura messe per menar poi grandi colpi a servigio della esemplarità come essi la intendevano. Non mancarono però statuti penali che anche sulla resistenza facessero le prove della loro severità (2).

(1) Il concetto che chi resisteva alla forza incorresse nel titolo di lesa maestà ebbe sanzione anche dalla celebre bolla di Sisto V: già Menochio (*de arbitrariis cos.* 583, *n.* 1) lo aveva insegnato come principio generale. Ma il Guazzino (*de confiscatione bonorum conclus.* 13, *ampliat.* 48) strenuamente sostenne che il rigore della bolla non fosse applicabile quando si era resistito contro una *esecuzione civile*. Errato peraltro nel punto di vista scientifico era il concetto della lesa maestà, perchè manca lo essenziale elemento della intenzione diretta ad attaccare il governo in chi ha soltanto il fine di liberare sè od un amico da un male imminente. E questo fu già osservato fino dai suoi tempi dal Bajardo (*ad* Clarum §. *laesae mojestatis n.* 2) dal Farinaccio (*consil.* 205, *lib.* 3) e dal Conciolo (*resolutiones criminales, verbo officiolis, resol.* 3) quantunque per argomento dalla *l. cujusque dolo ff. ad leg. Jul. mojest.* l'assimilazione della resistenza alla maestà trovisi pecorilmente ripetuta dai pratici; e forse è una pallida reminiscenza di questa idea quella che ha fatto dare in alcuni codici il nome di ribellione a questo delitto. Ma in generale può dirsi che gli antichi guardavano più all'avvenuta esimizione che alle lotte senza risultamento, le quali si perdonavano alla rozzezza dei costumi quando non assumevano caratteri di perturbazione sociale. Forse la civiltà moderna è più rigida appunto perchè dai popoli civili esige che meglio si comprenda il dovere di obbedire alla legge, e che alla autorità dello Stato s'immolino anche i moti istintivi della natura. Può anche dirsi che negli antichi tempi si ebbe la persona del birro in maggiore disprezzo dalla stessa signoria a cui serviva: laddove oggi la idea progressiva di nobilitare la persona del *magistrato armato* ha condotto a volerlo circondare di maggiore rispetto, e proteggerlo più energicamente da ogni qualsiasi oltraggio: e questo è indubitatamente un progresso.

(2) In Portogallo un decreto del 24 ottobre 1764 disponeva che ogni resistenza a mano armata dovesse considerarsi

come delitto di maestà di secondo capo, e come tale punirsi di morte. In Spagna la *Nueva Recopilacion lib.* 12, *tit.* 10, *ley* 6, minacciava contro la resistenza otto anni di galera con facoltà di aggravare la pena secondo i casi: ma la *ley* 5 minacciava la morte quando si fosse liberato un condannato a morte. Questa specie di taglione fu estesissima nelle vecchie pratiche, come si ha dal Claro *practica criminalis lib.* 5, §. *fin. quaest.* 68, *verbo eximens;* ovo al *vers. quaero* ricorda come sorgessero in Milano procelle immense fra i dottori ad occasione di una donna la quale avendo salvato il proprio marito condannato a morte volevasi ad ogni costo condannare alla forca; ed a lode di quel Senato ricorda come il medesimo ne uscisse con la sentenza dell' Areopago rimandando la povera femmina a futuro giudizio quando fosse meglio chiarita la cosa. Guido Papa (*decis.* 557) ne accerta che nell' antica Francia chi resisteva alla forza era punito di morte o per lo meno col taglio della mano. Nell' antica Repubblica Veneta un decreto del Consiglio dei Dieci del 16 settembre 1468 (*leggi Criminali Venete,* raccolte e pubblicate nel 1751, a *pag.* 14) lamentando come fossero divenute giornaliere le resistenze minacciò una multa da cento a mille lire graduabile secondo le armi, il numero, e gli effetti. Ma al tempo stesso ordinò che se un resistente fosse stato ferito od ucciso non se ne facesse processo; lo che mostra la verità della osservazione da me fatta di sopra. Identiche disposizioni si riprodussero in altro decreto (*op. cit. pag.* 35 *tergo*) del Consiglio dei Dieci del 16 settembre 1558.

§. 2809.

I codici contemporanei hanno quasi tutti, chi più chi meno, dato buon ordine al titolo di *resistenza,* distinguendolo per diversi criterii dalla violenza pubblica: ed in generale hanno graduato le penalità sulle norme del numero, delle armi, e degli effetti; pro-

cedendo da pene infime a pene elevatissime, secondo le circostanze. Laonde la comparazione delle penalità in questo reato non può farsi che per confronto dei *minimi* e dei *massimi*. Qui il codice Francese è uno dei più miti nei *minimi:* l' art. 212 abbassa la pena della ribellione semplice fino a sei giorni di prigionia, i quali per l' art. 463 possono convertirsi in una multa quando vi siano circostanze attenuanti. Poi a norma delle aggravanti aumenta la carcere, o passa alla reclusione od alla galera a tempo; e nel caso d' intervenuto omicidio minaccia (art. 216) la galera a vita. Il codice Sardo all'art. 251 ammette per la ribellione semplice un minimo di sei giorni di carcere, che aumenta anch' esso per le solite aggravanti e passa alla reclusione ed alla galera a tempo: ma con esorbitante severità spinge la pena (art. 533, n. 4) alla morte quando vi sia intervenuto omicidio, tanto se il medesimo fu *mezzo* alla ribellione quanto se ne fu conseguenza. Il codice Toscano è uno dei più severi nei minimi, poichè non offre mezzo di abbassare la carcere (art. 143) sotto i sei mesi, per quanto la ribellione sia semplice, spoglia di ogni aggravante, ed anche scusata da attenuanti. Tale rigore fu figlio dei tempi nei quali venne dettato quel codice, come altre volte osservai. Il primitivo progetto del prof. Giuseppe Puccioni aveva proposto un minimo di tre mesi. Ma le vicende pubbliche sopraggiunte sostituirono alle verità giuridiche considerazioni politiche; e fecero prevalere il pensiero che la resistenza in Toscana meritasse pene maggiori che in Francia e in tutto il resto d' Italia. Anche il codice Toscano eleva poi per ragione di aggravanti la pena della resistenza a car-

cere di durata maggiore, ed anche alla casa di forza: la quale determina nella misura da dodici a venti anni nel caso d' intervenuto omicidio non premeditato. Anche contro lo eccitamento a resistere volle il legislatore toscano mostrarsi più austero del legislatore francese; poichè dove questi alla provocazione non susseguita da effetto minacciava la carcere in un minimo (art. 217) di sei giorni, riducibile ancora per attenuanze, il Toscano inflisse un minimo (art. 145) di un mese non mai riducibile (1).

(1) Il minimo della pena contro la resistenza semplice era pel codice Napoletano (art. 178) un mese di prigionia; pel codice Parmense (art. 222) sedici giorni di prigionia; di Malta (art. 84) quattro mesi di prigionia; di Neufchatel (art. 59) otto giorni di carcere; di Vaud (art. 117) un giorno di carcere; di Friburgo (art. 111) un mese di carcere; di Svezia (cap. 10, §. 6) l'ammenda; pel codice Francese (art. 212) sei giorni di prigionia. Per l' austriaco (art. 313, 314) un mese. Il codice Toscano si è qui ravvicinato alle leggi Estensi. Il Decreto di Maria Beatrice d' Este del 7 decembre 1815, §. 11, limitava il minimo della pena ad un anno di carcere.

Titolo II.

Esimizione, evasione, effrazione di carcere.

§. 2810.

Dal verbo *esimere*, che vuol dire sottrarre, derivarono i giuristi il titolo di *esimizione* (1) che è il delitto nel quale incorre, *chi sottrae alla giustizia una cosa od una persona sulla quale essa aveva posto la mano;* ma la *esimizione* così definita è un

genere dal quale si staccano due altre specie in ragione di certe materialità, e sono la *evasione* e la *effrazione* del carcere (2). Finchè un arrestato già ridotto in mano della pubblica forza è in via per essere condotto alle prigioni, ed anche precariamente trattenuto nella caserma o in un albergo o nel pretorio, ma non è ancora ristretto in carcere, chi lo liberi incontra il titolo di *esimizione*. Quando però egli fugga o sia sottratto dal carcere il fatto assume il nome di *evasione*. Ma questa esattezza del linguaggio non dà resultamenti, perchè le regole della *esimizione* e quelle della *evasione* sono presso a poco le identiche.

(1) Bibliografia — Gomez *variarum resolutionum tom.* 3, *cap.* 9, *n.* 11 — Carpzovio *practica criminalis quaest.* 35 — Heils *de proc. inquis. cap.* 6, §. 61 — Renazzi *elementa juris criminalis vol.* 3, *pag.* 100 — Poggi *elementa jurisprud. crim. val.* 2, *pag.* 94 — Matthaei *de carcerum effractione* — Bossio *tractatus tit. de effractoribus carcerum* — Engau *elementa juris criminalis lib.* 1, §. 535 *et seqq.* — Kock *institutiones* §. 614, *pag.* 310 — Mellio *institutiones jur. crim. Lusitani tit.* 4, §. 8, *pag.* 55 — Meisner *de crimine violati carceris* — Fritzschio *commentationes de variis juris capitibus, camment.* 5 — Boehmer *meditationes in Carolinam ad art.* 180, §. 4 *et* 5 — Briganti *della frattura del carcere: dopo la pratica criminale, pag.* 256 — Van Eyck *De carcerum effractoribus, Leyden* 1765 — Coccejo *Exercitationes vol.* 2, *disp.* 39, *de fuga, cap.* 3 — Vouglans *traité des differentes espèces de crimes tit.* 2, *chap.* 2, §. 2, *n.* 3 — Carmignani *elementa* §. 865 — Giuliani *istituziani di diritta criminale lib.* 2, *pag.* 175 — Puccioni *saggia pag.* 356 — Forli *conclusioni pag.* 59 — Pessina *trattato di penalità speciale* §. 114, *pag.* 191.

(2) È noto che il carcere fu introdotto *ad custodiendos non ad puniendos homines*. Appo molti popoli si è conservato fino ai tempi recenti questo modo di vedere, che in antico fu universale, per cui non si concepiva una punizione consistente nella sola privazione della libertà. Ciò in parte era conseguenza delle condizioni uomadi di certi popoli; e più specialmente poi della idea della vendetta, la quale non si prestava a questo modo di punizione. I rei si uccidevano, si deportavano, si esiliavano, si mutilavano, si flagellavano, si spogliavano degli averi; e quando si condannavano o all' *opus publicum* od all' *opus metallicum* o *in metallum*, la pena si ravvisava nel costringimento a duri lavori piuttosto che nella privazione della libertà. Molti ascrivono al giure canonico la introduzione dell' uso del carcere come pena, ed è naturale che al medesimo se non può attribuirsi la originalità, si attribuisca almeno lo allargamento di questo concetto; perchè è consequenziale al pensiero della emenda del reo introdotto nel giure punitivo. Laonde era ben naturale che il progresso civile avendo reso ogni dì più gagliardo il fine correttivo della pena, il carcere che non fu pena in antico acquistasse a poco a poco la supremazia e quasi la esclusività fra tutte le pene. È grave disputa fra gl' interpetri se i romani usassero mai il carcere come *pena*. La negativa sembra apertissima per la *l.* 8, §. 9, *ff. de poenis* e per la *l.* 6 *C. de poenis*. Si obiettarono il *fr.* 3, *de custod. et exib. reorum:* e la *leg.* 1 *et* 2 *C. de custod. reorum;* ma il nodo si sciolse osservando che qui la parola *pena* non si usa nel senso di *punizione* ma di *patimento*. Si obiettarono ancora le *leg.* 28, §. 14, *ff. de poenis*, e 38 *de injuriis;* ma il nodo si sciolse osservando che i *vincula publica* si riferivano alla condanna *ad opus publicum:* Bergero *resolutiones Louterbachianoe pag.* 722. Sulla storia del carcere come pena, e sulle carceri dei Romani, sul loro numero, e sulle loro località, dissertò Invernizzi *de publicis judiciis pag.* 88. *Roma* 1787. Su tal proposito è piena di erudizione l' opera del Beltrami Scalia *sul Governo e sulla riforma delle*

carceri in Italia, Torino 1867, dove al *cap.* 1, *e* 2, niente lascia a desiderare dal lato storico. Qui peraltro dove parlasi del reato di esimizione, evasione, ed effrazione del carcere, si guarda indistintamente ogni luogo di detenzione per ordine di giustizia; e quanto qui si dice si applica al carcere di custodia, tanto civile quanto criminale, come al carcere di pena.

§. 2811.

Importante è stabilire il momento in cui può nascere il reato di *esimizione*. Il reo che avvisato dello avvicinarsi della forza s' invola, o chi avvertito della imminenza di un sequestro vuota la casa non fanno *esimizione*. Perchè questa sorga non sarà necessario che gli esecutori abbiano già preso possesso a nome della giustizia dell' uomo o della cosa, ma bisognerà almeno che siasi fatta la intimazione o che all' uomo o alla cosa sovrasti immediatamente la mano dello esecutore. E quando non vi è esimizione per il principale è chiaro che non può esservi neppure pei terzi che lo abbiano aiutato; i quali, dove trattisi di fatto criminale, potranno redarguirsi di favoreggiamento (1) ma niente di più.

(1) Cessano pure i titoli di esimizione ed evasione per far luogo al diverso reato *di abuso di autorità* innominata quando la liberazione *indebita* del carcerato siasi ordinata da chi aveva nei suoi poteri di emettere il rilascio, sebbene lo abbia fatto per favore e contro la legge. Fu in questo senso che il Catalano (*Tractatus criminalis pag.* 331, *n.* 73) propone la questione se un Cardinale possa rendersi colpevole di esimizione di rei.

§. 2812.

Quando però l' uomo ristretto nella prigione se ne libera mediante rottura (1) di muri, porte, tetti, cancelli od altri ripari destinati ad impedire la fuga, si muta il titolo di *evasione* in quello di *effrazione di carcere*, che prende il suo nome dal *mezzo*. E bene a ragione prende il nome dal mezzo perchè di troppo il mezzo supera il fine nella politica gravità, non fosse altro per la considerazione che chi esime, o chi evade, toglie alla giustizia soltanto quel determinato colpevole; mentre chi rompe il carcere può agevolare la fuga a tutti i reclusi e porre in costernazione la città; mostra audacia maggiore e maggiore fermezza di deliberazione; ed è poi di pessimo esempio e di grande sfiducia negli onesti la prova della insufficienza di quelle grandi opere che l' autorità prepara a tutela dei buoni per custodire i facinorosi.

(1) Una elegante questione può sollevarsi circa la ipotesi di uno *scalamento* che abbia servito di mezzo alla fuga del detenuto senza che sia stato accompagnato da nessun guasto o *rottura*. Nel furto la insalizione si equipara allo scasso: ma nel presente titolo io non crederei che potesse farsi altrettanto sotto il punto di vista scientifico, perchè la ipotesi di uno scalamento senza rottura presuppone sempre una qualche negligenza nei custodi della quale abbia profittato il fuggitivo. E certamente non si potrebbe equiparare in faccia ad una legge positiva che parli tassativamente di rottura. Il Caballo (*resolutiones criminales, resol.* 8) equipara lo scalamento alla effrazione dei muri, ma suppone che il detenuto buttatosi dalla finestra avesse rotto le catene con

le quali era assicurato; sicchè non siamo più nei termini di scalamento semplice, ma si dubita solo se la rottura delle catene equivalga alla rottura dei muri. Il Farinaccio (*praxis, quaest.* 30, *n.* 83) esamina la questione nel caso semplice, e si pronuncia per la equiparazione, allegando anche il Bertazzolo *consil.* 35, *n.* 31, *lib.* 1. Ne adducono a ragione che anche chi salta un muro *viola* il carcere: ma l'argomento è specioso, perchè il titolo non è di *violazione* ma di *effrazione* di carcere.

§. 2813.

La *esimizione* di persona e la *evasione* (1) quando si obiettano allo stesso arrestato o detenuto non sono generalmente considerate come delitto se lo elemento criminoso non si trova nei *mezzi adoperati.* Il reo che per pigliare il largo usa artifizi o profitta della negligenza dei suoi custodi obbedisce ad una legge di natura, ed è scusato: la legge serba il suo rigore contro i custodi o negligenti o corrotti. Regola ugualmente benigna deve accogliersi a riguardo degli stretti congiunti (2). Rapporto agli estranei però, quantunque non siavi criminosità nei mezzi adoperati, sono punibili: ed incorrono nel titolo di *favoreggiamento* se lo arrestato o il detenuto sottratto od evaso per opera od aiuto loro era un delinquente o tenuto come tale; e nel titolo puro di *esimizione* o di procurata *evasione* se era un debitore civile (3) o un individuo catturato per misura di polizia.

(1) Anche la moderna scuola germanica non ammette la punibilità della evasione semplice in quanto al carcerato che

profittò di circostanze innocenti per ricuperare la libertà: Mittermaier *not. al* Feuerbach §. 197, *nota* 1. Vedasi anche Boehmero *ad* Carpzovium *quaest.* 3, *obser.* 10 — Strykio *disputationes vol.* 1, *dispul.* 4, *cap.* 5, *n.* 6. Appo noi era esplicito il testo del codice Leopoldino all' art. 103 — ivi — *Chi faggirà dalle carceri per qualunque causa siavi ritenuto, senza aver fatto alcuna sorta di violenza, sarà immune per tale fuga da ogni pena.* In questo stato di pratica o di legislazione fu bene osservato che il titolo di complicità non poteva adattarsi ai terzi (congiunti o no) che avessero consigliato istigato o istruito il detenuto a fuggire per quella guisa. E questa tesi si dimostrò per largo da Bardelloni *Cons.* 27, *pag.* 166, *Venetia* 1612. È a vedersi ancora Vitosa *de fugitivis cap.* 1, e i frammenti Romani che ivi commenta. Altrove si volle punita nel detenuto anche la evasione semplice (Carrard *jurisprudence criminelle sect.* 2, *chap.* 5, §. 3, *n.* 2) e sono note pur troppo certe regole insensate che in alcuni paesi si videro convertite in leggi, e per le quali la fuga di un inquisito dichiaravasi *confessione finta* bastevole a completare il processo; laonde il fuggitivo dove fosse ripreso si consegnava senza ulteriori giustificazioni al carnefice: Besoldo *thesaurus vol.* 1, *pag.* 333. Ma invece di ricordare gli autori e le ordinanze che sanzionarono questa stolida presunzione meglio valga indicare la confutazione che ne fece il Nani con la sua consueta esattezza nell' aureo libro *De indiciis pag.* 47 *et seqq.* nella edizione del 1823 ultima edizione fiorentina: e dico ultima, quantunque altri esemplari ne corrano con la data di Firenze del 1839 e con la insegna di Minerva; perchè questa non è che una rinnovazione di frontespizio per frode del tipografo, probabilmente diretta ad accreditare un libro che egli aveva nella sua edizione immeritamente vituperato con infiniti errori tipografici.

(2) I pratici ammisero la indulgenza dovuta agli affetti del sangue anche per gli stretti congiunti che per liberare il congiunto avessero usato violenza non contro le *persone*

ma contro le *cose* rompendo il carcere *arg. l.* 2, *de effract.* — Gomez *variarum resolutionum tom.* 3, *cap.* 9, *in fin.* — Boehmero *in constitutionem Carolinam pag.* 876, §. 4, *verso facilius* — Matthaei *de criminibus lib.* 47, *tit. ult. cap.* 4, *n.* 2. E in tema degli stessi detenuti che senza lesione personale ai custodi si fossero procacciata la fuga con rottura di carcere insegnarono — *necesse non est ob eam rem poenam costituere:* Cremani *de jure criminali lib.* 2, *cap.* 3, *art.* 4, §. 7 — Wan Leuwen *censura forensis pars* 2, *lib.* 2, *cap.* 5, *n.* 18 — Koch *institutiones* §. 618, — Kress *in constitutionem Carolinam art.* 180, §. 3 — Puttmann *elementa* §. 185. Ma Servin (*legislation criminelle lib.* 1, *cap.* 4, *art.* 3, §. 6) conciliò le discordanti opinioni con una distinzione: se il detenuto che fuggì con effrazione di carcere era minacciato di grave pena, non si deve punire; se invece era minacciato di pena leggiera si deve punire. Questa distinzione non è cerebrina; essa si connette con la dottrina della coazione che dirime la imputazione. Molti però furono i sostenitori della contraria opinione insegnando doversi punire per la operata violazione del carcere anche il detenuto che si fosse poi chiarito innocente dell' accusa che pendeva sopra di lui (Leyser *meditationes in pandectas spec.* 544, *med.* 1 — Schiltero *praxis, exercitatio* 49, §. 43) per la ragione che lo effrattore non si punisce perchè fosse colpevole, ma perchè fu effrattore. Deve però distinguersi fra il caso in cui alcuno sebbene innocente sia stato carcerato per ordine di giustizia, al quale è suo debito di sottoporsi; ed il caso in cui taluno rompa il carcere dove fu chiuso senza ordine legittimo per prepotenza di un pubblico ufficiale; in questo secondo caso non troverei conveniente punire: Roitz *decisiones Lituaniae, decis.* 3, *n.* 275 — Strykio *disputationes disput.* 4, *cap.* 5, *n.* 5 — *Hoc enim magis fraudem et damnum injuriosum avertere est, quam crimen committere: id quod non dolo sed prudentiae adscribitur.*

(3) Nell' antica pratica era in pieno vigore la regola che coloro che resistendo alla forza procuravano la esimizione di un debitore divenissero essi medesimi solidalmente responsabili per il debito anche senza escussione del primo debitore: e questa pratica si appoggiava sull' autorità del Menochio *de arbitrariis cas.* 583 — Caccialupo *de debitoribus fugitivis quaest.* 10 — Peckius *de jure sistendi cap.* 26; e traeva argomento dalla *l.* 3, *C. de exact. tributorum;* e si formulava con questo broccardo che chi esime il debitore civile dal carcere od anche *e manibus familiae habetur ac si pro eo fidejussisset.* Eravi peraltro divergenza sul punto di applicare oltre la pena civile della fidejussione presunta anche una pena criminale quando lo esimitore non fosse stato un carceriere: Catalano *tractatus criminalis pag.* 334, *n.* 122 *et* 126. Qui è singolare la questione sollevata dai pratici intorno allo ammettere come *scusa* allo esimitore la circostanza che si fosse arrestato il debitore per una somma *superiore* a quella che *veramente* era dovuta. Sembra si pronunziassero per la negazione di ogni scusa Cacpolla *cons.* 14 — Hippolito de Marsiliis *practica criminalis* §. *opportune n.* 20; *et* §. *attingam n.* 46 *et* 47. Dovrebbe peraltro limitarsi questa regola rigorosa quando il debitore avesse pronto il denaro per saldare il vero suo debito e ne facesse offerta; perchè allora lo arresto si manterrebbe sopra un debito insussistente; e il caso rientrerebbe nella teorica generale dello arresto e carcerazione assolutamente ingiusta; del quale Persio *cons.* 47; e Novario *decis. Lucanae, decis* 4, e di nuovo alla *decis.* 78.

§. 2814.

I pubblici ufficiali e carcerieri (1) incorrono in una *mancanza di uffizio* se furono negligenti, ed in un abuso di autorità se collusero per favorire la esimizione o la evasione. Modernamente il fenomeno

che la malizia umana coltiva sempre le elaborazioni dei criminalisti si è avverato anche in questa materia. In alcune carceri d' Italia si è recentemente conosciuto una mala usanza assai singolare: i carcerieri corrotti da denaro aprivano il carcere precariamente ai detenuti e condannati anche per gravi delitti perchè andassero a procurarsi il piacer loro con promessa di restituirsi alla carcere; promessa che per lo più si manteneva, ma spesso anche no: i più cauti li accompagnavano essi medesimi ai loro bagordi, come un prefetto farebbe dei suoi collegiali. Simile fatto è evidentemente un abuso di autorità; ma questo titolo non offre repressione proporzionata alla gravezza del caso, e la perdita dell' impiego non è pena efficace rimpetto al possibile di un ricco detenuto. Il titolo di *esimizione* od *evasione* a rigore di termini non è applicabile, perchè lo individuo non è sottratto alla mano della giustizia. È stato dunque mestiere che le aule legislative si occupino di questa figura criminosa per adattarvi una disposizione speciale.

(1) L' art. 180 della Carolina pronunziava in questi termini — *Si custos carceris aliquem qui criminaliter deliquit, poenamque promeritus est, liberat, is quidem eamdem poenam loco facinorosi, quem ita liberavit, promeritus est.* Lo stesso disponeva lo *speculum Svevicum cap.* 120. E questo non fu che una riproduzione delle leggi romane: *l.* 4, *C. custod. reorum, l.* 1, *C. de his qui latrones,* e *l.* 1, *C. de falsa moneta* — Rosenhard *de eo quod justum est circa claves et claustra, Altorf* 1726, §. 28 — Boehmero *elementa* §. 359. Ma questa pena del taglione non si mantenne nella pratica germanica (Strykio *Usus modernus tit. de*

effractoribus §. 5 — Carpzovio *practica quaest.* 111, *n.* 107 — Bergero *supplementa ad electa juris criminalis pag.* 5) e vi sostituì la pena arbitraria. A questo fine il Carpzovio si condusse col sostenere che l'art. 180 doveva intendersi del solo caso in cui la fuga con connivenza del carceriere si fosse consumata mediante effrazione. Ma Leyser (*meditationes in pandectas spec.* 544, *medit.* 4) assunse la confutazione della tesi carpzoviana, confessando però che i pratici obbedivano più all'autorità di Carpzovio che alla legge; ma compiacendosi nel ricordare che due volte aveva veduto applicare la pena di morte. Gli argomenti del Leyser versano tutti sul testo della Carolina, e soltanto egli soggiunge essere ridicola la ipotesi di Carpzovio perchè se il custode è connivente basta che dorma, e non vi è bisogno di rompere i muri. Ridicola invece mi pare questa obiezione, perchè può essere connivente la guardia di vigilanza e non connivente il custode che tiene le chiavi, cosicchè siavi bisogno di effrazione malgrado la connivenza ed aiuto del carceriere subalterno. Il caso è ovvio. Piuttosto poteva dirsi che il supposto di Carpzovio era assurdo, perchè minacciando al carceriere connivente alla effrazione la pena che avrebbe incorso il detenuto evaso poteva accadere che questa pena fosse lievissima, e così inferiore alla pena ordinaria che avrebbe meritato la sola effrazione commessa da qualunque estraneo senza violazione di fiducia. Checchè sia di ciò la pratica germanica cancellò quell'articolo della Carolina, e fece benissimo. Anzi il Koch (*institutiones* §. 616) si studiò di purgare la pratica dai due peccati dei quali le aveva dato gloria il Leyser, mostrando che uno di quei due casi fu un giudicato militare e l'altro un caso di perduellione. Quanto alla responsabilità dei carcerieri negligenti vedasi Bertoni *de negligentiis pars* 2, *art.* 11, *pag.* 169, ove al *n.* 8 avverte che quantunque per regola non sia criminalmente punibile la colpa lievissima, pure si fa eccezione contro i custodi che furono causa della evasione dei prigionieri anche per lievissima incuria: e ciò per la ragione dello assunto ufficio.

§. 2815.

La esimizione non si definisce come il furto una *contrettazione*, ma una *sottrazione*. È chiaro da ciò che il momento consumativo di questo malefizio si raggiunge allora soltanto quando lo arrestato o detenuto abbia guadagnato la sua libertà. Finchè lo arrestato si è momentaneamente svincolato dalle mani degli apparitori, e fugge, ma è tuttora inseguito e raggiunto; finchè lo evaso dalle mura del carcere trovasi tuttora nei recinti esteriori o nei peristilii ed inseguito dai carcerieri è ripreso (1) generalmente s' insegna doversi applicare, quando vi siano ausiliatori punibili, il titolo di *tentata evasione*. Quando però siasi usata violenza contro le persone sorge il titolo di *resistenza*, la quale (come sopra ho detto) si consuma col primo atto di lotta, ed è titolo assorbente.

(1) La regola per cui nella generalità dei casi non si minora la imputazione di un delitto consumato per ciò che possa essere avvenuto dipoi si applica ai reati di esimizione, e di violato carcere. Risale a Giasone *(in l. admonend. n.* 165, *ff. de jurejurando)* la dottrina che lo essere stato poscia ripreso il fuggitivo non minora la pena che siasi incorsa da lui o dai terzi: Catalano *tractatus criminalis pag.* 334, *n.* 125. Quando però si avessero i termini della punibilità del fuggitivo, e questi invece di essere ripreso si fosse spontaneamente ricostituito prigione, tale circostanza dovrebbe bene valutarsi a sua *scusa*: come nelle attuali pratiche Italiane si valuta *scusa* nel carceriere negligente lo aver procurato l' arresto del fuggitivo.

§. 2816.

La esimizione delle *cose* (in ordine alla quale valgono identiche regole riguardo alla distinzione fra consumazione e tentativo) avviene tutte le volte che si sottragga un oggetto del quale la giustizia erasi per i suoi fini assicurata. Cade ordinariamente sui corpi di delitto che maliziosamente s' involino per difficultare un processo criminale. Il criterio costitutivo di questo titolo è il fine d' impedire la giustizia: se il corpo di delitto fu sottratto per fine di lucro sorge il titolo di *furto*. Ma la *esimizione* di cosa può anche cadere sopra carte, documenti od oggetti che la giustizia abbia assicurato per fini meramente civili (1): e sempre il momento consumativo sarà nella sottrazione. Quando però siasi sottratto un documento che era in mano della giustizia, per distruggere la prova di un rapporto obbligatorio nascente dal medesimo, sorgerà il titolo più grave di *falso per soppressione*. Già s' intende che il titolo di *rottura di sequestro*, designato come titolo speciale, fluttua secondo il diverso fine dello agente tra le frodi o truffe, e la esimizione di cosa.

(1) Non potrebbe ammettersi il titolo di *esimizione* nella sottrazione di cose delle quali la giustizia si è impossessata a soli fini *civili*, se vero fosse il pensiero di Winssinger e di altri, i quali pretesero che la procurata evasione di un *carcerato per debiti* non dovesse elevarsi a delitto bastando al riparo le indennità pecuniarie date al creditore. Costoro addussero come ragione di ciò che *lo stato non ha interesse alcuno a tenere in carcere quel debitore*. Ma tale osser-

vazione è un errore — 1.° Perchè la maggior parte dei delitti si puniscono senza offesa allo Stato: quando il privato ruba al privato, od ha commercio con la donna altrui, non iede alcuno interesse dello Stato. — 2.° Perchè lo Stato ha sempre un interesse nella sicurezza delle carceri e dei luoghi di custodia — 3.° Perchè tutte le offese alla giustizia si puniscono per la offesa alla giustizia, e non soltanto per uno interesse speciale del governo. Tale osservazione pertanto non ha valore alcuno salvo che voglia tenersene conto come criterio misuratore. È però vero che a quel pensiero sembrò ispirarsi l' art. 238 del codice penale Francese, che non detta sanzione contro la evasione dei debitori civili quantunque procurata dagli stessi carcerieri: ma più saviamente a nostro credere mantenne la punibilità anche in questo caso l' ar. 161 del codice Toscano con le debite moderazioni.

§. 2817.

Talvolta la esimizione di cosa degenera nel titolo speciale di *rottura di sigilli* (che ha sempre per obiettivo la pubblica giustizia) quando per maggiore cautela l' oggetto si fosse assicurato con quel mezzo: titolo speciale che è contemplato nella maggior parte dei codici contemporanei (1). Una aggravante di questo reato può essere la falsa chiave, la effrazione, o lo scalamento di cui siasi valso il colpevole per eseguire la sottrazione: ma tale aggravante non si è creduta meritevole di speciale contemplazione dalla maggior parte dei legislatori, e rimane a valutarsi dal giudice nella distribuzione della pena relativamente determinata contro il reato principale. Se poi per esimere la cosa si usò violenza contro le persone, siamo nei termini della *resistenza*.

(1) Il titolo di *rottura di sigilli* nei codici contemporanei che lo contemplano non ha nè una oggettività giuridica nè una penalità uniforme e costante. Il codice Francese (art. 249, 250, 251) contempla la rottura di sigilli apposti per ordine del governo o per decreto di giudice, e la punisce nel custode anche per negligenza con la carcere da sei giorni a cinque anni, ed in ogni altro con la stessa pena da uno fino a tre anni. Il codice Austriaco (§. 316) non distingue fra il custode e l'estraneo e punisce con l'arresto semplice di un mese, da estendersi nei casi più gravi fino a sei di arresto rigoroso, la rottura di qualsivoglia sigillo di pubblico ufficio, comprendendovi ancora quelli dei comuni, delle parrocchie, e dei pubblici notai. Il codice Prussiano (§. 108) commina senza distinzione alcuna la carcere da sette giorni a sei mesi contro il doloso infrangitore del sigillo officiale apposto da una autorità o da un pubblico funzionario. Il Portoghese (art. 310) prevede la dolosa rottura del sigillo apposto per ordine dell'autorità, e la punisce con la prigione maggiore da tre a quindici anni nel custode, e nel privato con la prigione correzionale da uno a tre anni. Il codice Svedese (cap. 10, §. 21) irroga la carcere fino a sei mesi, senza distinguere se la rottura del sigillo apposto per ordine della pubblica autorità fu opera del custode o di un privato. Il codice di Malta (art. 131) prevede questo delitto, equiparando nella pena di uno a tre mesi di prigionia anche la rottura avvenuta per negligenza del custode. Così oscillano presso a poco tutti i codici contemporanei: e ciò mi conforta nel pensiero che inopportunamente del guasto di sigilli siasi voluto fare un titolo di reato principale. Questa non è che una circostanza *aggravante*, la quale può accompagnare un numero infinito di reati: il furto, la frode, la truffa, il falso, il favoreggiamento, la esimizione, l'alto tradimento, la violazione di lettere, ed altri. È difficile immaginare un guasto di sigilli che sia *fine a sè stesso*, e che non accatti la criminosità prevalente da un altro reato principale. Che se si suppone tale rottura fatta per il solo gusto di farla, è *danno dato per ingiuria*, o niente di più.

§. 2818.

La *evasione* degenera nel titolo di *effrazione di carcere* quando si consumò con rottura di una qualche parte o interna od esterna del fabbricato destinato a chiudere i detenuti. Siasi rotto il solaio, il tetto, gli usci, i cancelli, i recinti, torna all'istesso: sempre si sono distrutti quei ripari nei quali era posta la difesa dei cittadini avverso i facinorosi, e che sono oggetto di un diritto universale esistente in tutti i consociati e meritevole di protezione particolare. Qui i più rigidi (§. 2813, nota 2 in fine) non valutano come dirimente lo amore della naturale libertà nel detenuto, perchè la effrazione del recinto è una nuova aggressione contro il diritto: e solo accordano a favore di chi agì per liberare sè stesso una degradante che non si accorda allo estraneo, correo (1) od ausiliatore della effrazione.

(1) Intorno alle varie ipotesi di partecipanza alla evasione altrui merita esame la dissertazione di Morin *journal de droit criminel art.* 8167. Vedasi anche Pellerin *pag.* 143; e Blanche *quatrième étude pag.* 209.

§. 2819.

Anzi per la ragione che qui il mezzo supera il fine bisogna dire che quando la effrazione sia eseguita (condotta cioè al punto che potesse offrire il libero passaggio al detenuto) si dovrà obiettare la effrazione di carcere consumata e non la tentata, quantunque la evasione sia stata tempestivamente

impedita. Ma se la rottura di un muro, di un cancello, od altro simile, fu soltanto incominciata; od anco se fu compita la rottura di un recinto interno ma per raggiungere la evasione era necessaria la rottura di altro recinto o serrame, e questa non erasi ancora eseguita, non potrà (almeno per opinione mia) parlarsi che di sola effrazione tentata. Potrebbe bene dedursi che l'obiettivo del diritto universale aggredito con questo malefizio è in tutti e singoli quei recinti ed in ogni parte di loro, sicchè ogni frazione che se ne tolga consuma la lesione del diritto costituente la oggettività di questo reato: ma più veramente l'oggetto del diritto universale si deve ravvisare nello insieme di quei mezzi di custodia, e piuttosto in un ideale (1) che in una od in altra materialità; e così nella somma dei ripari e delle difese che si frappongono fra lo individuo recluso e la libera campagna.

(1) Il concetto che l'obiettivo del reato di effrazione di carcere si concentri nella tutela dei recinti non deve peraltro pigliarsi in un senso *esclusivo*. Mi spiego. La effrazione di un recinto non sarebbe in sè stessa che un *danno dato*, da considerarsi come più o meno grave secondo la maggiore o minore importanza della cosa guastata, lo che rientra nei criterii generali del *danno dato*. Ciò che specializza questa figura e ne crea il titolo di effrazione di carcere, è il *fine*. Il fine cioè di sottrarsi ad una detenzione legittimamente ordinata o come custodia o come pena. Da questa osservazione deriva la conseguenza che il titolo di *effrazione di carcere* non possa mai applicarsi quando la carcerazione era manifestamente *arbitraria*. Questa tesi si sostiene dai pratici più specialmente nella ipotesi di un condannato che trattenuto prigione (dopo avere espiato la pena) per arbitrio di un su-

periore, si procacci la debita libertà fuggendo con effrazione: Vilosa *de fugitivis cap.* 13. E la tesi stessa si avvalora per argomento a contrario senso dalla *leg.* 14 §. *finale* e dalla *leg. cum haeres* 4, §. *ultima ff. de statu liberis.* Dalle quali si induce che non è fuggitivo il servo al quale il padrone aveva legata la libertà purchè servisse il suo erede per altri sette anni, e che dopo avere compito il servizio dei sette anni siasi sottratto alle mani dell'erede che voleva ritenerlo ulteriormente. In generale può dirsi che ogni qual volta la carcerazione era manifestamente illegittima, la procurata fuga del detenuto non è un reato: e che mancando il reato principale di procurata fuga questa non può divenire tale per il *mezzo.* Laonde nel *mezzo* resta la possibilità di un titolo isolato di per sè stante, e da giudicarsi *uti principalis.* Come nelle violenze in tali condizioni non sorge il titolo di resistenza, ma il reato ordinario di lesione personale; così i guasti dei recinti non fanno sorgere il titolo di *effrazione di carcere;* ma quello soltanto di *danno dato:* ed anche questo sarà meritevole di scusa, perchè (reso necessario a ricuperare la libertà ingiustamente violata) vi si incontrano gli estremi del moderame.

§. 2820.

I romani furono severissimi contro gli effrattori del carcere. La *l. 1, in princ. ff. de effract.; l. 38,* §. *11, ff. de poenis; l. 13, ff. de custodia reorum;* minacciano pena capitale. La *l. 8,* §. *7, ff. de poenis* duplicò la pena rimanente a chi anche senza effrazione fosse fuggito dai pubblici lavori; e se la pena da espiarsi superava i 10 anni la converti nell'*opus metallicum;* e la *l. 5, in fin. de extraordinariis cognitionibus;* e la *l. 8,* §. *6, de poenis* a chi fuggiva dall' *opus metallicum* sostituiva la pena *in metallum,* ed a chi fuggiva da questa ultima pena comminò la

morte. In tale rigore niente si valutarono i riguardi allo amore naturale della libertà; onde alcuni Dottori credettero dare ragione di questo rigore affermando che i romani consideravano come *sanctae* anche le mura delle prigioni. Disputano però gl' interpetri se la pena capitale minacciata contro questo delitto fosse la morte o la deportazione: Oroscio *Commentarii ad responsa prudentum lib. 1, colon. 693, lin. 39* — Voet *ad pandectas tit. de custodia reorum*, §. *9* — Schiltero *praxis Romano Germanica exercitatio 49, thes. 43.* Nelle pratiche (1) dei varii paesi incontrasi varietà immensa nella punizione di questo reato.

(1) Cortiada (*decisiones Cathaloniae, decis.* 83, *vol.* 2) ne insegna che per le pratiche Catalane la pena della evasione dal carcere con effrazione era la fustigazione pubblica. Muta (*decisiones siculae decis.* 39) ne accerta che per le costituzioni di Sicilia e pratiche di quella curia la pena non era di morte neppure se erasi evaso con cospirazione e rottura di muri: ma arbitraria secondo le circostanze. Sanfelice (*decisiones neapolitanae, decis.* 47) ricorda che per le pratiche napoletane si puniva di morte la effrazione del carcere ancorchè non fosse riuscita la fuga, e lo conferma alla *decis.* 44. Ma Capycelatro (*decis.* 76) dimostra eccezionale questa severità, e più frequentemente applicata la pena dello esilio temporario. Della pena di morte nelle pratiche romane ne attesta Panimolle (*decis.* 75) e non fa meraviglia, poichè Farinaccio ricorda essersi sotto il pontificato di Sisto V punito della forca un giovine che aveva ripreso un asino a lui sequestrato dai birri: è vero però che questo rigore si abbandonò in seguito per la esimizione dei debitori civili: Farinaccio *quaest.* 32, *n.* 6 *de carceribus.* Non vi è forse un punto così controverso e fluttuante nei

pratici quanto questo della penalità da applicarsi agli effrattori del carcere. Nè fluttuanza minore s' incontra nella pratica germanica. Alcuni sostennero la pena di morte per lo specioso argomento che la facoltà di liberare i colpevoli dal carcere spettando al Re, il privato che si arrogava di farlo invadeva i diritti sovrani ed era reo di lesa maestà: Leuchi *responsa Altdorfina vol.* 1, *respons.* 100, *pag.* 253, *n.* 10. Ma Boehmero nel commentario alla Nemesi Carolina (*pag.* 876) inveì contro questa opinione rimproverando il Carpzovio, che l' aveva sostenuta, come *semper suo more pronum ad evaginandum gladium.* È però singolare che se Carpzovio si mostrò feroce in tema di evasione con rottura di carcere, fu antesignano della scuola benigna in tema di evasione senza rottura procurata dai carcerieri, come avverto a §. 2814 nota. La costituzione Teresiana (art. 71, §. 8) puniva la effrazione del carcere commessa dal detenuto con la duplicazione della pena che a lui restava a subire purchè non fosse di durata superiore ai dieci anni: Bannizza *delineatio juris criminalis lib.* 2, *cap.* 14, §. 444 *nota;* il quale però propugna come regola generale che il carcerato debba essere esente da pena per la fuga anche commessa con effrazione di carcere: *quia sanguinem suum redimere voluit.* Quanto agli estranei minacciava pena arbitraria da estendersi anche alla morte: *art.* 71, §. 5.

§. 2821.

Il codice Toscano, che a buona ragione (§. 562) niente punisce la esimizione di sè medesimo procacciata senza violenza nè rottura di carcere, minaccia la prigionia contro lo stesso detenuto che sia fuggito mediante *rottura di carcere* (art. 160) fino a diciotto mesi se era detenuto a cagione di un reato; e fino a sei mesi (art. 162) se era detenuto per debiti. In quanto ai terzi la procurata fuga senza

effrazione punisce (art. 159) con la prigionia fino a due anni se lo evaso era detenuto per delitto; e fino a sei mesi (art. 161) se lo evaso era detenuto per debiti; e spinge la pena quando siavi concorsa effrazione fino a trenta mesi (art. 159) nel primo caso; e fino ad un anno (art. 161) nel secondo caso. La esimizione od evasione commessa con violenza personale equipara alla resistenza. Il codice Sardo contiene allo art. 272 e seguenti minuziose disposizioni contro la connivenza dei custodi. Ai detenuti evasi con effrazione di carcere irroga (art. 284) la prigionia da sei mesi ad un anno. In quanto agli estranei che abbiano procurato la evasione questo codice ripete il criterio (1) che ha assunto pei custodi conniventi; vale a dire la proporzione con la pena che sovrastava al fuggitivo; e su tale criterio gradua il castigo dal carcere alla reclusione (art. 278 e 279) aumentandolo di un grado se vi concorse effrazione; e spingendolo fino alla galera a vita (art. 281) se vi fu violenza armata contro i custodi.

(1) Questo criterio misuratore della quantità del delitto di esimizione si connette col principio cardinale che desume dal danno immediato la prima norma della quantità criminosa. Pure non mancò chi lo censurasse, insegnando che dove interviene effrazione di carcere è indifferente la maggiore o minore colpevolezza dello evaso: vedasi Carpzovio *practica criminalis quaest.* 35, *n.* 44. La unica ragione di dubitare intorno a ciò può trovarsi nella considerazione della potenzialità. Ma se un riguardo alla gravità della pena a cui fu sottratto lo evaso non può preterirsi nel castigo da infliggersi allo estraneo che gli procacciò la fuga; è però esorbitante (checchè piacesse a Cremani *de jure criminali*

lib. 2, *cap.* 4, *art.* 4. §. 6) surrogare questo a quello, e chiedere testa per testa. Una questione elegante qui si solleva. Quando la legge punisce la effrazione del carcere commessa da un condannato, può egli tenersi conto del suo stato di recidivo per aggravargli la pena? La Cassazione di Francia (14 aprile 1864) ha per buone ragioni sanzionato la negativa. Ciò è chiaro quando lo stato di recidiva si voglia desumere da quella stessa condanna alla quale il condannato si è sottratto con la fuga. Ma un dubbio può nascere quando la recidivanza si desuma da una condanna anteriore già espiata dallo evaso. Peraltro anche in questa ipotesi Morin (*art.* 7872) sostiene non potersi applicare la aggravante della recidiva. La considerazione morale che domina tale questione si è quella che chi fugge dalla pena non mostra *perversità di animo.* Non può convertirsi in abitudine criminosa il desiderio della libertà. In quanto alla non punibilità della evasione meritano fra i moderni di essere veduti Valdeson *théorie du code pénal Espagnol, pag.* 252, e Pacecho *el codigo penal comentado art.* 124, *vol.* 1, *pag.* 505. È poi singolare la osservazione che fece Crispolito *decisiones militares, cas.* 11; e poscia Engelhard (*de jure militum naturali* §. 1000, *pag.* 414) dove insegna che un soldato ristretto in carcere qualora se ne sottragga con la fuga non può punirsi come *desertore;* perchè non fugge per animo di abbandonare la milizia, ma pel fine di sottrarsi alla pena.

TITOLO III.

Favoreggiamento.

§. 2822.

La figura e la genesi di questo malefizio già si delineò al §. 477 ad occasione della complicità. Mostrò il Mori nella sua *teorica* del codice penale

Toscano che i *fautores criminis* erano conoscinti anche nel giure Romano, e rettamente osservò che ormai questa nozione era acquisita alla scienza; ma non è già che i romani staccassero i *fautores* dalla serie dei partecipanti ai delitti altrui per farne un concetto distinto di delinquenti con caratteri d'oggettivo speciale: no: diasi lode al vero, questa è nna elaborazione della scienza moderna (1).

(1) Bibliografia — Mommaerts *de criminum fautoribus ex jure hodierno* — Puccioni *saggio di diritto penale pag.* 115 — Sander *intorno alla dottrina del favoreggiamento* (negli *Scritti germanici del* Mori *vol.* 3, *pag.* 91) — Berner *Lehrb. pag.* 174, 3. *ed.* — Bauer *Abhand.* 1, *pag.* 464.

§. 2823.

La pratica tntto confuse in questo argomento nella nozione dei complici *a posteriori:* accettata nna volta la idea di qnesta forma di complicità tutto quanto si eseguisse da nn terzo dopo la consumazione di un delitto al fine di aiutarne l'antore a goderne il frutto o a deludere la punitrice giustizia, bastò a renderlo partecipe della responsabilità dell'autore, e spesso a farlo adeguare al medesimo nella punizione per quanto gravissima. Lo errore di questo indistinto concetto di accessione al delitto altrui era capitale: perchè nessuno può tenersi come responsabile di un delitto se in nno o in un altro modo non ne fu causa; e poichè è repugnante che un fatto tutto posteriore sia *causa* di altro fatto anteriore, la responsabilità del delitto precedentemente

esaurito che voleva porsi addosso ai così detti complici per *posterius* era fondata sopra una iperbole, anzi sopra un impossibile giuridico: cosa intollerabile in criminale (1).

(1) Recentemente ad occasione del nuovo codice penale che si va preparando da una commissione di dotti per lo Impero austriaco vi fu un criminalista autorevole che tentò di risuscitare l' antico errore della complicità *post delictum*. Sottilmente argomentando si disse: non esser vero che il favore da me prestato al delinquente dopo il delitto non fosse *causa* del delito stesso quantunque da me *non promesso* precedentemente all' autore: lo fu perchè l' autore del delitto calcolò sulla speranza di aver favore da me, e tale speranza lo determinò a delinquere. Il vizio di questo argomento sta nel porre a carico del favoreggiatore (preteso complice) le speranze dell' autore che non sono *fatto* del fautore; e così per rendere me responsabile del fatto altrui suppormi responsabile dei *pensieri* altrui non eccitati da me. Circolo vizioso, evidentissimo, che vuol giustificare un assurdo con un altro assurdo. La commissione austriaca ha peraltro tenuto saldo, e reietto queste velleità restauratrici di errori e di ingiustizie ormai bandite dalla scienza penale.

§. 2824.

Coerentemente a questa retta veduta si mantennero nel novero dei complici o ausiliatori, e si continuò a punire come tali coloro che il favore posteriormente usato all' autore del delitto avevano a lui *precedentemente promesso:* a questo è giustissimo, perchè sebbene il *fatto* sia posteriore, è però anteriore la *promessa;* e tale promessa non può non imputarsi come fatto doloso a chi la diede; e nella

medesima non può non riconoscersi un impulso alla determinazione criminosa alla quale più facilmente scese l' autore perchè fatto certo di quel soccorso che avrebbe a lui facilitato la impunità. Cosicchè il fautore successivo fu veramente causa morale del delitto. Ma fuori di questo caso, quando l' aiuto era tutto posteriore così materialmente come intellettualmente, si rinnegò a buona ragione il concetto erroneo della complicità, e mantenuta la criminosità del fatto, se ne creò il delitto di *favoreggiamento*, figura *adesa* ma non *coesa* al reato anteriore (1).

(1) I fautori si chiamarono dal codice Portoghese *adherentes*, e dallo Spagnuolo *encubridores:* gli Alemaoni danno loro il nome di *Begünstigung*. Nei vecchi pratici si usò talvolta il nome di *fautores*, ma con ciò si esprimeva sempre da loro una forma di *ausilio*, e si era ben lontani dal percepire il distinto concetto giuridico odierno del favoreggiamento, perchè sempre rispettato l' errore della complicità *per posterius* indipendente da ogni previo concerto: Catalano *tractatus criminalis n.* 101, *pag.* 332 — Giurba *consilia criminalia, consil.* 42.

§. 2825.

A questa nuova forma criminosa si trovò l' obiettivo non nel diritto già violato col primo malefizio, ma *nella pubblica giustizia*, e poichè questa rappresenta un diritto universale, il favoreggiamento dovette pertenere ai reati sociali. E di vero a colui che già fu offeso col primo reato non reca lesione nessuna il favoreggiamento, nè ad offendere lui si dirige il pensiero del fautore. Il danno del fatto di costui e la criminosità del suo pensiero sono in-

teramente rivolte contro la pubblica giustizia alla quale rendesi più malagevole scoprire e convincere l' autore di un delitto, mentre è interesse di tutti i cittadini che tale scoperta si ottenga (1), e che la giusta pena colpisca effettivamente il colpevole. Laonde la nozione di questo reato si compone di criterii *positivi* e di criterii *negativi*. I positivi sono la intenzione di impedire la giustizia (elemento morale), e l' attitudine nel fatto (elemento materiale) a tale impedimento. I negativi sono la mancanza di previo concerto tra fautore ed autore precedente al primo delitto; e più la mancanza di un eccesso.

(1) Quando si dice fine d' impedire la giustizia qui come sempre non già s' intende che il colpevole debba agire per animo ostile, e quasi per darsi il gusto di deludere i magistrati. Il fautore agisce per il fine immediato di *giovare* ad un reo, ma poichè sa che quel giovamento non può farsi senza nocumento alla giustizia, e nel solo fine di giovare non sarebbe criminosità senza l' altro oggetto, il fine criminoso dell' atto si compenetra col fine immediato dell' agente. L' opposto pertanto avviene quando il fine immediato non è il semplice giovamento pietoso, ma è in altra lesione del diritto altrui. Io persisto a sostenere che il *ricettatore di cose furtive* non può imputarsi per favoreggiamento. Egli agisce per fine d' ingiusto lucro violando la proprietà di altri che permane sulla cosa che egli vuole far sua: egli è indifferente che il ladro (forse a lui sconosciuto prima) vada in galera o si salvi: egli non ha il fine di deludere la giustizia: difforme pertanto è sostanzialmente il reato nel suo elemento intenzionale. Nè vale il dire che il risultamento dello impaccio alla giustizia vi è sempre, e che da ciò deve trarsi il carattere determinante il reato. Questa è un' accidentalità non prevista dall' autore del fatto: anche chi in una rissa

ha ucciso un uomo che era stato testimone unico ad un delitto, ha forse rovinato il processo che si andava istruendo per quel delitto; ma non per questo si può cercare nel danno della giustizia il criterio del suo reato. Di più quell' accidentalità può essere e può non essere; o può anche avvenire il contrario: pongasi che il ladro avesse sepolto le gioie rubate: inutilmente la polizia giudiciaria aguzzava le sue ricerche finchè la terra cuopriva gli oggetti furtivi: Tizio scientemente acquistò quelle gioie dal ladro, e ponendole in commercio porse occasione al derubato di ottenerne il ricupero, ed alla giustizia di scuoprire il delinquente che sarebbe stato perpetuamente occulto finchè quelle gioie rimanevano sotterrate. Gli annali del foro criminale comprovano per mille esempi simile osservazione. E voi punirete come fautore, cioè come impacciatore della giustizia, colui che alla giustizia recò il massimo dei vantaggi desiderati da lei! Non ha peraltro rettamente afferrato il mio concetto chi ha scritto *avere il Carrara sostenuto in proposito di ricettazione di cose furtive la dottrina antica.* La dottrina antica, che partendo dal giure romano si mantenne fino al Cremani, guardava il ricettatore puramente e semplicemente come un *complice:* questo era un errore ontologico, perchè non può concepirsi causa tutta posteriore all' effetto: tale errore rilevato dal Nani, e poscia dal Rossi, dal Giuliani, e dal Roberti, e dalla comune dei contemporanei, non si volle certamente riprodurre da me. Io dissi che era falso trovare al fatto di costui l' obiettivo prevalente nella pubblica giustizia, e confonderlo coi *fautori:* e così penso. Io dissi che l' obiettivo di questo fatto era il diritto di *proprietà,* come la libertà individuale è l' obiettivo del fatto di chi ad altro luogo trasporti contro sua voglia una donna già rapita da altri senza concorso di lui: e così penso. Ma fra il dire che un fatto *offende lo identico diritto* già offeso da un delitto ormai consumato, e il dire che quel fatto rende *complici* di questo delitto, vi è grande differenza: e questa differenza doveva avvertirsi. Io perciò conclusi che di tali ricettatori e simili doveva farsi una *fi-*

gura giuridica distinta, che stesse come intermedio tra i veri *fautori,* ed i veri *complici.* Dissi che l' obiettivo a questa forma di reato ed i suoi criterii misuratori si dovevano cercare nel diritto stesso aggredito col primo reato: e finii col proporre un *nome speciale* da darsi a questi delinquenti suggerendo la denominazione di *continuatori.* Il mio concetto può parere ardito; ma deve giudicarsi tale quale è, e non appormi come detto da me ciò che non ho nè pensato nè detto. Duolmi che questo abuso del mio povero insegnamento divenga troppo frequente. Si vogliono interpretare le mie parole con le *vecchie idee,* ma è dovere che si interpretino con le *idee mie.* Se finora un fatto non presentava che *due* figure giuridiche di reato; ed io dico che se ne deve staccare una *terza* forma per farne una *terza* figura giuridica *distinta affatto dalle altre due,* come può appormisi che io voglia ricondurre quella forma sotto una delle *due* vecchie figure!

§. 2826.

Infatti la ulteriore elaborazione della scienza portò ad avvertire che malgrado la mancanza di precedente promessa in certe forme di favori prestati al delinquente dopo la consumazione (1) del reato poteva trovarsi un obiettivo ulteriore, e la importanza di questo poteva essere più grave. Sta bene che quando il diritto della vittima leso col primo delitto, più non si leda col favore accordato al colpevole, sia stoltezza cercare l'obiettivo del favore in quel diritto. Come potè dirsi che il diritto alla vita dell' uomo ucciso ricevesse una offesa per parte di chi aiutava a seppellire il cadavere, e così rimproverare a costui il titolo di *partecipazione all' omicidio!!!!* Ma vi sono di quei diritti che ancorchè lesi una volta perseverano nel cittadino; e vi sono degli atti posterior-

mente eseguiti da un terzo che tornano a ledere lo stesso diritto. Considerare questi atti come mero favoreggiamento, e la esecuzione loro come meramente offensiva della pubblica giustizia, sarebbe un nuovo sbaglio: perchè tali atti *effettivamente* ledono un altro diritto, e sono *intenzionalmente* diretti a ledere quest' altro diritto, e non soltanto la pubblica giustizia. Tizio rapì violentemente una donna il primo gennaio, e forzatamente la tenne in una sua casa; ma credendola poi mal sicura colà, cercò l' aiuto di Sejo; e Sejo il tre gennaio lo aiutò a trasportarla sempre violentemente in altra più remota dimora. Io non dissi mai che il fatto di Sejo commesso il tre gennaio lo rendesse *complice* del ratto consumato da Tizio il primo gennaio. Dissi peraltro e sostengo che il fatto di Sejo del tre gennaio non è un semplice favoreggiamento; non lede e non mira a ledere soltanto la pubblica giustizia; ma tende a recare e reca di fatto una nuova violazione alla libertà di quella donna, libertà che è un diritto in lei permanente anche dopo il primo rapimento. Tizio fabbricò un numero di false monete il primo gennaio; ne smerciò una parte, ma incontrando qualche difficoltà per difetto del colorito, si volse a Sempronio porchè più esperto di lui perfezionasse in questo le rimanenti monete; e Sempronio eseguì ciò il quattro gennaio. Sicuramente la fabbricazione e spandimento delle prime monete erano un delitto consumato da Tizio, e Sempronio non se ne rendette partecipe: sicuramente anche le monete rimaste in mano di Tizio presentavano rispetto a lui un falso nummario già consumato, e neppure di questo reato si potè render complice Sempronio il quattro gennaio. Ma

pure il fatto del quattro gennaio non è un semplice favoreggiamento; non si pose in essere col fine di coprire un delitto già commesso, ma col fine di meglio ingannare il commercio nello spandimento di quelle monete; ed ha in sè il materiale di una contraffazione di moneta. Chi colorisce una moneta vera per attribuirle maggior valore è autore di falsa moneta, e non lo sarà chi colorisce una moneta falsa per completarne e renderne più efficace la falsificazione! Questi fatti non sono semplice favoreggiamento, e se si punissero sotto questa figura come reati contro la pubblica giustizia si andrebbe contro la verità così *materiale* come *intenzionale*, e si minaccerebbe una repressione insufficiente.

(1) Nelle mie lezioni sul *conato* e *sulla complicità* volli dare la definizione del favoreggiamento nei seguenti termini — *Qualunque atto esterno idoneo, mediante il quale scientemente dopo la consumazione di un delitto, ma senza precedente concerto, e senza portare il delitto stesso a conseguenze ulteriori, si coadiuvano gli autori del medesimo o ad assicurarne il criminoso profitto o ad eludere le investigazioni della giustizia.* Quella mia formula *dopo la consumazione*, diede occasione ad altri di credere che la si dovesse intendere come un *contrapposto* di *dopo il tentativo*; cosicchè io avessi voluto stabilire che nel *tentativo* non debba ammettersi favoreggiamento punibile. Può essere criticabile in codesto punto quella definizione perchè comprenda meno del definito; ma certo è che io non ebbi il pensiero che mi si appone. Sorto una volta un tentativo punibile esso è un delitto nella sua forma completo; il suo autore è un delinquente: potrà dunque usarsi *favore* a salvarlo dalla pena incorsa, e se ciò avviene non saprebbe capirsi per qual motivo tale favore dovesse andare impunito.

Vero è che il più spesso se il favore si accorda allo attentante mentre insiste a spingere innanzi la esecuzione del suo reato, si avrà più facilmente un *ausilio* che non un favore. Ma ciò rientrerà nella nozione generale, perchè il *favore* non è più semplice *favoreggiamento*, quando spinge il delitto a conseguenze ulteriori. Del resto che sia punibile il favoreggiamento usato a riguardo di un colpevole di solo reato tentato lo ha stabilito nel 1871 la Corte di Cassazione di Firenze, e tale decisione è giustissima.

§. 2827.

Il codice Toscano riconobbe la verità di questo pensiero, e all'art. 60, dove definì il favoreggiamento, escluse da tale nozione quelli atti che avessero *portato il delitto a conseguenze ulteriori*. Fu giustissimo questo pensiero di escludere dal favoreggiamento quelli atti (benchè tutti posteriori) che avessero ripetuto la lesione del primo diritto. Ma fu a mio credere troppo oscura la formula, e fu incompleta la elaborazione del pensiero. Disse il legislatore toscano che questo non fosse favoreggiamento, e disse bene; ma mancò di dire cosa fosse, e qui fece male, perchè lasciò nella incertezza la definizione del titolo di un fatto interessante. *Di che sono rei* i fautori (1) che portano il delitto a conseguenze ulteriori? La esclusione così secca lascia campo a dire che si rendono complici del primo delitto, ma questa formula a rigore di termini sarebbe un errore ed una ingiustizia: un errore, perchè non si può essere complici di un fatto del quale non si fu causa nè materiale nè morale: una ingiustizia, perchè se il primo fatto fu accompagnato da una qualifica ed il secondo fatto ne fu scompagnato,

col dare il titolo di complice all' autore del secondo fatto si rende corresponsabile anche di quella qualifica, e cio è ingiusto. Bisogna dunque considerarli come *autori* di un nuovo reato rappresentato dal fatto loro, se non piace creare per costoro (come altra volta io proposi) una serie speciale di delinquenti accessori, e dirli *continuatori* del primo delitto. Ma l' obiettivo di questo nuovo fatto, e conseguentemente i suoi criterii misuratori, non si devono andar cercando nella pubblica giustizia, nè ricorrere alle effimere penalità del favoreggiamento. I suoi caratteri si devono desumere dal diritto offeso e voluto offendere col nuovo fatto, cercandone la misura nelle circostanze sue proprie, le quali eventualmente possono condurre ad una repressione minore ed eventualmente anche ad una repressione maggiore di quella dovuta al primo fatto. Suppongasi che il ratto della donna il primo gennaio si operasse mediante *inganno;* suppongasi che il di lei trasporto nel tre gennaio si eseguisse mediante vera *violenza* e con lesione della persona: la mia osservazione è evidente.

(1) Io non ho ancora potuto vedere in pratica un caso al quale i tribunali Toscani abbiano applicato questa figura giuridica lasciata incerta dal codice. Si suppone che non vi sia concerto *precedente* che di per sè costituisce complicità: si suppone un mero favore susseguente, il quale avendo portato il delitto a *conseguenze ulteriori* non più si vuole punito come semplice favoreggiamento. Ma cosa è dunque? È una complicità *per posterius?* Non trova sede nelle forme di complicità descritte da quel codice. È dunque un nuovo titolo di reato? Ma quale? Evidentemente se non vuol dirsi

che è nulla bisogna guardarlo come una *continuazione* del delitto precedente.

§. 2828.

A completare la nozione del favoreggiamento deve avvertirsi alla facile contingenza che in questo fatto si mescolino lesioni di altri diritti. Se dai diritti offesi come *mezzo* al favore nasce un reato *sociale*, il titolo di favoreggiamento quasi sempre sparisce assorbito nel titolo o di falsa testimonianza, o di resistenza, o di corruzione, o di effrazione di carcere, o di violenza pubblica, o di falso per soppressione di documenti pubblici, secondochè il colpevole all' uno od all' altro di questi disperati mezzi si apprese per sopprimere il processo o le prove di un reato, o salvarne l' autore. Ma quando come *mezzo* a procacciare il favore si è offeso un diritto *naturale*, il titolo del reato nella nozione scientifica rimane sempre quello di favoreggiamento; perchè un delitto sociale non muta classe per la permistione di un delitto naturale, ma questo qualifica quello. Il giudice però che (§. 2521) deve applicare la teorica della prevalenza in un punto di vista concreto dietro il confronto delle pene respettivamente sancite dalla leggo positiva, potrà bene continuare a dire che trattasi di un favoreggiamento commesso al mezzo di lesiono personale, o di diffamazione, o di violenza privata secondo i casi; ma se trova che la legge al delitto naturale accessorio minacci pena più grave di quella che minaccia al favoreggiamento, dovrà applicare quella di preferenza: mai però cumularle. Facile è immaginare che per favorire un reo si minacci o si ferisca un testimone, e si alteri

un documento privato, e la regola suddetta trova allora la sua applicazione (1).

(1) In faccia a questa conseguenza parrà una inutile sottigliezza scolastica conservare la nozione e la classe teoricamente, quando si ammette praticamente la mutazione di pena. Ma non è vero. La teorica dei *delitti pedissequi* (l'ho notato altra volta, e qui lo ripeto) ha la sua pratica utilità quando può spendersi una eccezione *perentoria* contro l'*azione penale*. Allora diventa vitale la questione teorica relativa alla definizione del delitto principale. Io ne ho trovato due volte utilissima prova. L'amnistia del 1849 aboliva tutti i delitti *politici* ad occasione dei moti di Livorno: la Cassazione di Firenze giudicò che anche gli omicidii commessi per causa politica cadevano sotto lo indulto. Altra volta un *ratto improprio* si era commesso al mezzo di *minaccia* contro la fantesca: ottenuta quietanza per il ratto improprio i tribunali giudicarono non più perseguitabili le minacce; e la Cassazione confermò il giudicato: così in altri casi. La figura del favoreggiamento presuppone che il fautore sia un *privato* ed agisca come tale. Se era persona pubblica che per salvare un colpevole abusasse dello ufficio suo, questo delitto (che le antiche pratiche punirono anche di morte: Sanfelice *Decisiones vol.* 2, *decis.* 227) non riceve soltanto una aggravante dalla *persona*; ma propriamente *cambia natura*. Rimarrà fra i reati sociali contro la pubblica giustizia, ma dalla serie dei reati di persone private passa nella serie dei reati di persone pubbliche per assumere il nome di *abuso di autorità*, o di *corruzione* secondo i casi.

§. 2829.

Ristretta la nozione del favoreggiamento al suo vero concetto di un aiuto prestato dopo la consumazione di un delitto al suo autore (1) o ad alcuno

dei complici per eludere la giustizia od assicurare il criminoso profitto ma senza previo accordo (2) e senza spingere il reato a conseguenze ulteriori, è facile descriverne i criterii misuratori e le specialità del suo grado. In quanto ai primi si calcola innanzi tutto — 1.° La *diversità del delitto* pel quale si è favorito l'autore, e la pena che questi avrebbe incontrato. Siffatto criterio è il principale che si prende di mira nel graduare il castigo del fautore. Il codice Toscano all'art. 60, §. 2 procede esclusivamente su questa norma.

(1) Venne in mente a taluno che al favoreggiamento fosse necessario altresì l'*accordo* posteriore al delitto fra il fautore ed il colpevole favorito. Io non lo credo necessario per niente. Non siamo più nei termini di un *complice* ma di un *aderente:* e l'aderenza è al delitto e non al delinquente. Può benissimo un amico distruggere le tracce di un delitto, e preparare la delusione delle ricerche della giustizia mentre colui che è chiuso in una segreta non ha comunicato con nessuno, e niente sa di quello che si opera a benefizio suo. Dove è il bisogno dell'accordo? Questo reato nè si costituisce nè si modifica per il concerto col reo. Esso ha il suo oggettivo nella delusa giustizia, e questa si può fuorviare nelle sue ricerche anche alla insaputa dello individuo che si vuol proteggere. Nel reato di favoreggiamento non è partecipe mai il colpevole favorito, nè vi è ragione per cui si debba richiedere che egli reciti una parte del dramma di questo reato.

(2) Nel caso di previo *concerto* il fautore non si rende *complice* del delitto per ciò che *fa* posteriormente, ma per ciò che *promesse* antecedentemente; tanto è ciò vero che se dopo averlo promesso manchi poscia alla data parola, e per timore o per mutato consiglio lo neghi, rimane sempre complice nè più nè meno come se lo avesse prestato.

§. 2830.

Può ancora considerarsi — 2.° Lo *effetto ottenuto* o non ottenuto del fuorviamento della giustizia: e — 3.° La maggiore o minore *importanza* nel processo della *prova* che si è distrutta per favorire il reo: e tale importanza è maggiore quando si è procacciata la *fuga* dell' inquisito.

§. 2831.

Può ancora considerarsi — 4.° La *innocenza* o la *colpevolezza* del giudicabile che si volle proteggere. Io non credo che sia *essenziale* al favoreggiamento la *colpevolezza* del favorito (1). Il reato consistendo nello attraversare le vie della giustizia, esso trova subiettivamente ed obiettivamente i termini della sua imputabilità anche quando allo esaurimento del giudizio venga a conoscersi che quell' uomo favorito dal terzo era innocente del crimine che gli si apponeva. Ma anche accettata per rigore di logica questa proposizione, nessuno può disconoscere quanto si rimpiccolisca la colpa del fautore quando venga a sapersi che egli procacciò la fuga di una vittima d' ingiusti sospetti, o distrusse tracce ed indizi che avrebbero condotto la giustizia a colpire uno innocente.

(1) Questa opinione, che dai criterii diagnostici del favoreggiamento punibile elimina la colpevolezza del favorito, sarebbe rigorosamente esatta. Ma in pratica (come noterò al §. 2839) non è accolta, ed è meglio così. Ma se si preterisce

dal rigore delle deduzioni giuridiche per un rispetto al senso morale, è necessità obbedire al principio accolto in tutto il suo svolgimento; e ciò esige che non si possa inferire molestia al favoreggiatore che deduca *di aver soccorso un innocente*, finchè questa deduzione non è smentita dalla *condanna definitiva* del giudicabile favorito. Non salva l'obietto un giudizio *contemporaneo*, perchè può appellare il reo principale e non il favoreggiatore, e se quello ottiene assoluzione questo rimane condannato per aver favorito un *innocente*.

§. 2832.

In ordine al *grado* nella forza fisica io non dubito che il favoreggiamento ammetta la ipotesi dello *intervento di complici*. Non osta la regola che respinge il concetto della complicità di complicità. Una volta che il fautore non è più complice in faccia alle migliori moderne dottrine, ma bensì autore di un delitto di *per sè stante*, niente repugna in fatto che egli riceva da altri un aiuto secondario nella opera sua, o sia da altri instigato od istruito a compiere la medesima; e niente repugna in diritto che a questo terzo si obietti la correità o l'ausilio al favoreggiamento, secondo i casi.

§. 2833.

In proposito del tentativo, è evidente che il favoreggiamento è un delitto formale. Non è necessario alla sua consumazione che la giustizia sia stata effettivamente ingannata o delusa. Purchè nel fatto costituente il favore vi fosse *abilità* a ingannarla o deluderla, questo fatto quando è compiuto esaurisce

la consumazione del maleflzio ancorchè non siasi ottenuto l' ultimo intento della liberazione di un colpevole. Questo effetto ottenuto sarà, come ho detto, un criterio misuratore (e autorizzerà a dire che il favoreggiamento già *consumato* è con ciò divenuto *perfetto)* ma non è criterio essenziale. Anche il favoreggiamento ammette peraltro la nozione del tentativo rispetto a sè medesimo quando il fatto che lo costituisce non fu compiuto e non raggiunse il suo fine prossimo. Sapendo che Tizio era arrestato come sospetto di omicidio io corsi in sua casa, e là trovando vesti cosperse di sangue divisai di lavarle affinchè perquisite dalla giustizia non facessero indizio gravissimo contro l' amico. Il fatto è frequentissimo. Io raggiunsi il mio fine prossimo, perchè riuscii a detergere quelle vesti in guisa che nessun perito potè poscia trovarvi le traccie del sangue; ecco un favoreggiamento *consumato:* nè cessa di esserlo perchè la giustizia abbia per altro modo ristabilito lo indizio delle vesti intrise di sangue, per esempio con larga mano di testimoni che avevano veduto ed osservato quel sangue, o veduto me stesso mentre dava opera a toglierlo. Ma se mentre io era intento a quest' opera sopravvenne la giustizia e mi tolse di mano quelle vesti non ancora deterse, o il mio lavoro restò per altro fortuito interrotto, io inclinerei a pensare che si avesse un favoreggiamento semplicemente *tentato.* Ripetesi qui la osservazione che ho già fatto in ordine ad altri delitti sociali. Quando questi esauriscono le loro condizioni ontologiche sono reati consumati; ma possono però ammettere rispetto a sè medesimo un tentativo quando la materialità essenziale a loro

non sia completa. La questione è grave e sottile; ma a me pare debba dirsi così.

§. 2834.

Rispetto al grado nella *forza morale* il favoreggiamento merita speciale osservazione nell' argomento dell' *affetto movente*. Non può ammettersi degradante nessuna per questo lato al fautore che abbia proceduto per *venalità*. Questo fautore non ha niente di nobile nella sua proeresi; ed è sopra ogni altro pericoloso. Ma un riguardo deve aversi al movente dell' amicizia, od anche della sola pietà (sia pure male intesa) che signoreggiando il cuore del fautore ottenebrò agli occhi suoi il sentimento del dovere cittadino e lo interesse della giustizia, sicchè altro non vide in quel momento tranne una creatura infelice (1) esposta a grave pericolo. Sotto questo punto di vista torna a conflitto il senso morale col criterio politico: se il reo salvato era in pena di morte il fautore è *politicamente* colpevole al sommo; ma invece in faccia al senso morale è esente da scusa il fautore quando abbia brigato per salvare un amico da pena pecuniaria od altra lievissima.

(1) La questione più vitale nella pratica contro le accuse di favoreggiamento è quella relativa alla *scienza*. Sugli elementi del dolo non si può transigere. Un dubbio, un sospetto che l' individuo al quale io do ricovero sia perseguitato dalla giustizia, non equivale alla *certezza* che è necessaria per dirmi colpevole di favoreggiamento. Neppure varrebbe a ciò una vaga conoscenza del delitto per la notorietà pubblica, se non concorresse eziandio una cognizione personale: Morin

art. 8565. Intendasi bene però che non si richiede la scienza del *delitto* e della vera colpevolezza del favorito, ma basta la scienza dell'azione della giustizia verso di lui, ed il fine di attraversare cotesta azione.

§. 2835.

Vi è però sotto questo punto di vista dello affetto movente una situazione che pei suoi caratteri presuntivamente positivi e costanti porta al più pingue effetto della scriminazione; ed appunto a tale effetto si deve prevedere e si prevede come causa di esenzione da ogni pena da tutti i buoni legislatori. Tale è la situazione descritta dall'art. 61 del codice Toscano — ivi — *Il favoreggiamento che sia stato prestato solamente per proteggere la persona* (1) *del delinquente rimane impunito fra i coniugi, fra i consanguinei od affini in linea retta fino a qualunque grado, fra i consanguinei od affini in linea collaterale fino al quarto grado civile inclusive, fra il padre ed il figlio adottivo, e fra il tutore ed il pupillo.* Non è possibile pensare altrimenti ove non si vogliano conculcare le più sante leggi della natura. Fu una barbarie della restaurazione Francese nel 1815 di ritenere in carcere la generosa moglie del conte De Lavallette, fino al punto di far perdere lo intelletto a quella nobile eroina, perchè alla vigilia della decapitazione del marito era riuscita a farlo evadere sostituendo sè stessa in suo luogo. La dirimente o la degradante desunta dallo affetto mai deve peraltro estendersi alla forma di favoreggiamento che consiste *nello assicurare il criminoso profitto:* in questa forma non trova ragione la scusa. Ma deve goderne *in-*

distintamente il favore prestato *pel fine di salvare la persona*, sia che si estrinsechi con l'occultare *la persona stessa*, sia che si estrinsechi con l'occultare *le traccie* od indizi. Se il vincolo di sangue mi scusa quando occultai il colpevole, è contradittorio che non mi scusi quando occultai *lo stile* o i panni sanguinosi. Tale distinzione sarebbe irragionevole, ed anche assurda, perchè rispetto alla giustizia vi è *più* nell' occultamento della *persona* e *meno* nell' occultamento dei *cenci*. Tale distinzione erronea scientificamente non mi sembra voluta per modo alcuno dal codice Toscano, il quale nella sua esenzione contempla il *fine* del favore e non il suo *modo*.

(1) La degradante derivata dai vincoli di sangue tra il fautore ed il delinquente che si voleva salvare fu apprezzata anche nell' antica pratica: Sanfelice *Decisiones vol.* 1, *decis.* 343, ed i citati ivi a larga mano.

§. 2836.

Se però si guardano un poco addentro i due casi della *degradante* accordata alla *pietà* verso l' amico e della *dirimente* accordata allo stretto *vincolo di sangue*, si scorge che le due regole non risalgono ad un identico principio. La ragione di ammettere una scusa nel primo caso bisogna cercarla nella teorica dell' impeto degli affetti: si attenua la imputazione del fatto per quel moto di timore suscitato all' aspetto del male sovrastante all' amico che perturbò lo agente nel momento della sua determinazione. Da ciò le due conseguenze che l' attenuazione non può essere che leggiera; e che per am-

metterla bisogna tener conto della rapidità della determinazione, e della precipitanza ad agiro, perchè tali sono i caratteri generali (§. 326) dello impeto degli affetti considerato come scusa. Questo principio non può bastare al secondo caso, dove si va alla assoluta scriminazione, e questa si accorda malgrado il concorso della massima ponderazione e freddezza ricorrente nel fautore. Qui veramente si fa ragione ad un *diritto* piuttostochè concedere una *scusa*.

§. 2837.

La disposizione dell' art. 61 del codice Toscano non può dunque trovare il suo fondamento nella degradante dell' impeto degli affetti. Se il suo criterio si vuol mantenere connesso alla teorica del *grado,* bisogna applicarvi la regola della *coazione* e dello stato di necessità; e dire che lo aspetto del pericolo del figlio, e viceversa, ha esercitato sull' animo del padre e sull' arbitrio suo una pressione così forte da renderlo non imputabile se prescelse al male di persona tanto a lui cara la violazione della legge. Ma questa formula non pare esatta, perchè sappiamo (§. 297) essere estremo della coazione, affinchè si valuti come dirimente, che il male minacciato sia *ingiusto;* condizione che qui non ricorre. L' art. 61 bisogna pertanto metterlo fuora dalla teorica del *grado,* e riportarlo ai principii cardinali della politica imputabilità. Sappiamo (§. 12) che l' autorità sociale non può dichiarare politicamente imputabile un atto che siasi eseguito in obbedienza ad un precetto della legge religiosa o morale. Ecco il presidio del fautore che agì in

obbedienza ad un dovere di famiglia. Egli dice all' autorità sociale, io non ho bisogno d' indulgenza da te: ciò che io feci lo feci per *diritto* mio, e più che per diritto lo feci per *dovere;* e questo dovere mi era imposto da una legge superiore alla tua. Agii con piena calma, con piena cognizione, assumo tutta la responsabilità morale del fatto, ma non sono politicamente imputabile. Ecco il vero punto di vista di quella regola; ed ecco perchè la dirimente rientra con tutta esattezza nello *stato di necessità:* necessità imposta dalla legge morale. Parlare di minorante di pena e passar oltre, può bastare alla scuola empirica che con la panacea delle attenuanti dà ragione di tutto senza dare ragione di nulla. La diminuente della *pena* non ha qui niente che fare nè circa il primo, nè circa il secondo quesito. Non si dà *pena minore* ad un fatto che *s' imputi* come di ordinario: si *punirà* meno o niente, perchè si sarà dovuto o *imputare* meno o *niente* il fatto che si contempla.

§. 2838.

La pena del favoreggiamento in certe sue forme si elevò e si eleva ad uno intollerabile rigore finchè si volle (1), e dove si persiste a volere, che al fautore si adatti la veste di complice. Questo è uno dei più imperdonabili errori nei quali possa cadersi in giure penale: e sorprende che tuttavia si trovi chi tenti resuscitare questo delirio di una causa posteriore allo effetto. Ridotto alla sua vera condizione di reato per sè stante contro la giustizia pubblica bastano pene miti a frenarlo; anche perchè

dove esso assuma caratteri di gravità in ragione dei mezzi più odiosi adoperati dal fautore, questi mezzi stessi faranno sorgere un diverso titolo (2) che incontrerà più severa repressione.

(1) Molinier (*Repression du vol, pag.* 37) avvertì che anche in Francia nel decorso secolo quantunque la opinione dominante nei Parlamenti considerasse i ricettatori come complici del furto e li punisse ugualmente, abondavano peraltro autorevoli giuristi che combattevano tale dottrina ravvisando nella ricettazione un delitto distinto e *sui generis*.

(2) Affatto distinto dal semplice reato di favoreggiamento è il titolo che sorge dalla *abitudine di dar ricovero ai malfattori*. La ricettazione abituale di malviventi non è propriamente un reato contro la pubblica giustizia, ma piuttosto un reato contro la pubblica tranquillità, per la ragione che il delitto esiste ancorchè i ricettati non abbiano ancora consumato malefizi, e così non abbiano dato diritto alla giustizia di porre le mani addosso a loro, e col ricettarli si eludano semplicemente le vigilanze dell' autorità politica. Questo titolo speciale si prevede dal codice Francese all' art. 268 ristretto al solo caso che diasi alloggio a malfattori organizzati in banda. In ordine alla scienza che deve concorrere relativamente alle qualità della persona ricettata, vedasi Blanche *quatrième étude pag.* 242; *et deuxième étude n.* 130, *pag.* 228. Si prevede dal codice Toscano (art. 417) come un reato contro la proprietà privata, perchè contempla soltanto il rifugio abituale dato ai malfattori che aggrediscono la proprietà privata, senza occuparsi degli altri; e ne spinge la pena fino a cinque anni di carcere. La ricettazione di facinorosi può dunque assumere tre diverse forme giuridiche — 1.° Può essere fatto di complicità, quando sia stata promessa precedentemente ad un delitto poi consumato, sebbene prestata posteriormente; e quando sia preordinata precedentemente ad un delitto futuro tentato o con-

sumato dipoi — 2.° Può assumere la figura di un delitto *sui generis* contro la pubblica tranquillità, quando sia preordinata a delitti futuri non ancora tentati nè consumati — 3.° In ogni altra ipotesi rimane un favoreggiamento.

§. 2839.

Il codice Toscano, all' art. 60 §. 2, minaccia per massimo il carcere fino a due anni o la multa fino a cento lire, lasciando indefiniti i minimi appunto perchè la equità del giudice abbia piena larghezza di coordinare alla levità dei casi ed ai dettati del senso morale la repressione di un reato che è tutto politico. Soltanto fa precetto che la pena del fautore non possa mai eccedere *il terzo della pena che si debba decretare allo autore del delitto favoreggiato.* E questa disposizione mostra evidente che il legislatore toscano ha sciolto in senso benigno il problema che per rigore di principii io sopra (§. 2831) avrei sciolto nel senso severo: vale a dire se possa essersi fautori colpevoli di un innocente. Ed ha fatto benissimo a scioglierlo così; e così deve sempre sciogliersi praticamente questo problema: perchè nel giure penale le deduzioni logiche debbono impreteribilmente rispettarsi quando il deviarne sarebbe a carico del giudicabile: ma può ed anzi deve preterirsi dalle medesime quando il rigore della dialettica condurrebbe a disposizioni le quali per quanto giuste repugnano al senso morale. Non può impugnarsi che anche il fautore dello innocente indebitamente intruda la opera del privato nel santuario della giustizia. In ciò il giurista è forzato a ravvisare un delitto. Ma chi vorrà poi applicare una pe-

na? Il codice Sardo all' art. 285 contempla la ipotesi dell' occultamento della persona del reo, e minaccia la carcere al massimo di due anni, purchè peraltro avesse avuto corso contro la persona occultata il mandato di arresto. Non trovo che questo codice preveda gli altri modi di favoreggiamento.

Titolo IV.

Inosservanza di pena.

§. 2840.

Il principio di giure naturale che al colpevole non incomba la obbligazione *positiva* di sottoporsi alla pena, ma soltanto la obbligazione *negativa* (§. 561) di non opporsi con mezzi vietati dalla legge alla società che lo vuole punire (lo che basta a rendere *perfetto* in lei il diritto alla punizione) porterebbe a concludere che un condannato non possa mai dirsi *delinquente* per quello che ha fatto innocuamente onde sottrarsi alla pena: e noi accettammo testè questa logica deduzione quando contemplammo il reo che evade dal carcere, perchè qui la società doveva meglio guardarlo. Ma vi sono delle pene (confino, bando, interdizione di luoghi o di professioni) le quali non ammettono possibilità di coercizione *fisica* adoperabile sul condannato. Il precetto della legge e della sentenza se non ha una sanzione diviene parola vana e risibile, e sarebbe stoltezza minacciare tali pene in un codice. È dunque *necessità politica* e logica nel tempo stesso che contro i condannati

a siffatte pene si commini un male suscettibile di coazione fisica da incorrersi da loro quando volontariamente non condannino sè medesimi alla loro puntuale osservanza. Su ciò siamo tutti d'accordo (1).

(1) Gli Alemanni chiamano *urfeda* la cauzione o promessa giurata che giudicialmente si chiede al condannato alla relegazione affinchè si obblighi a non abbandonare il luogo della sua pena. Sulla etimologia di questa parola vedasi Puttmann *elementa juris criminalis* §. 124, *et seqq.* Sulla sua origine: Heineccio *jur. Germ. lib.* 2, *pag.* 348. Quando s'imponga o no: Leyser *meditationes in pandectas spec.* 652, *medit.* 13. Come si punisca la violazione della *urfeda:* Puttmann §. 128, 129, 130; e Wernher *selectarum observationum forensium lib.* 1, *pars* 5, *observ.* 52, *pag.* 1010; dove si accennano le cause di scusa ammesse per la violazione della *urfeda,* le quali sono le identiche riconosciute dalle nostre pratiche per la inosservanza di pena. Si veda *Responsa Tubingensia vol.* 5, *cons.* 105. Da questo rito trassero le legislazioni alemanne il criterio della penalità da infliggersi al relegato fedifrago. Le ordinanze sassoniche comminavano allo inosservante la mutilazione delle due dita della mano destra con la quale aveva giurato; e siffatta pena si generalizzò per gli art. 107 e 108 della Costituzione Carolina nei termini di una prima infrazione per parte del relegato, il quale però dopo la patita mutilazione si riconduceva al luogo di pena con la minaccia di consegnarlo a morte in caso di una seconda infrazione. Ma la Costituzione elettorale Sassonica (*pars* 4, *costit.* 48) comminò il taglio delle due dita e il ritorno alla pristina pena per la prima infrazione; la fustigazione e la relegazione perpetua per la seconda; e la pena di morte soltanto contro la terza. Sulla qual legge è notabile che gl'interpetri nell'ambiguità del testo decisero che l'amputazione dovesse farsi non delle intere due dita ma soltanto delle due prime falangi, come

si ha da Carpzovio *jurisprudentia pars* 4, *constit.* 48, *def.* 2; ove seriamente pronunzia essere giustissimo questo sistema di punire lo inosservante nel membro che ha peccato, senza avvertire che costui non delinqueva quando giurava l' *urfeda*, ma quando abbandonava il luogo di esilio, e che allora non delinqueva con le mani ma coi piedi. In proposito di questa legge ebbe frequente occasione la questione proposta dal Baldo *(in authentica sed novo jure n.* 12, *C. de servo fugitivo)* pel caso che il colpevole si trovasse aver già casualmente perduto le due dita che si dovevano recidere: e dissentirono i giureconsulti ed i tribunali alemanni sul da farsi in questo emergente, come si ha dalla *decis.* 114 del Colero. Vedasi anche Mollero *semestrium lib.* 2, *cap.* 38.

§. 2841.

Ma un dissidio nasce intorno a definire il vero carattere giuridico di tale comminatoria, e della inosservanza che vi fa incorrere. Alcuni negano che a quella possa darsi il nome di *pena*, ed a questa il nome di *delitto* (1), e vogliono che quella si dica soltanto una misura di necessità politica e questa tutto al più una contravvenzione. Essi dicono che è repugnante chiamare reo di delitto chi ha obbedito allo istinto della naturale libertà. A prima giunta questa argomentazione pare senza replica.

(1) Come provvedessero i Romani allo esilio e come alla relegazione, lo ricorda Zacharia Hubero *Digressiones Justinianeae lib.* 3, *cap.* 10, *pag.* 175.

§. 2842.

Io però sono di contrario avviso, perchè anche qui avviene il fenomeno che un principio umanitario divenga disumano, e che per rispetto alla forma od alla parola si leda la giustizia nella sostanza. Guardate praticamente questa disputa, e sarà chiara la mia ragione. Se della *inosservanza di pena* noi facciamo un *delitto* noi manteniamo questo fatto sotto le regole generali del *delitto,* e così per punirlo abbiamo bisogno del *dolo.* Ed ecco che il giudice umano potrà non ascrivere a colpa all' esule se per breve spazio di tempo rientrò onde porgere l' ultimo bacio al moribondo genitore: potrà non sottoporlo a pena se atterrito da contagio mortifero si allontanò per campare la vita, e tornò poscia spontaneo al luogo di pena dopo cessato il contagio: potrà non punire il chirurgo al quale fu interdetta la professione se trovatosi a contatto di un apoplettico deserto di ogni altro soccorso possibile, a lui fece un salasso e lo salvò dalla morte imminente. È appunto per aver guardato la *inosservanza* come delitto che potè la pratica universale stabilire la regola che a punire l' inosservanto occorra il dolo speciale consistente nel fine di disobbedire (1). In questi, ed altri simili casi, noi apriamo la porta alla giustizia per liberare lo inosservante dalla pena incorsa, col chiamarlo responsabile di *delitto.* Voi che sofisticando sulla parola volete dire che ha *contravvenuto* ad un *provvedimento politico,* lo sottoponete per necessità logica ad una condanna iniqua.

(1) Questa regola era costante nella nostra pratica di giudicare. Così una sentenza Rotale del 26 giugno 1832, relatore Puccioni, esentò da ogni pena l'esiliato che aveva rotto l'esilio per inseguire la moglie da lui fuggita: ed altra sentenza Rotale del 29 agosto 1832 escluse pure l'animo di trasgredire nel condannato che aveva rotto l'esilio per assistere la madre inferma. Vedasi il repertorio del Cerretelli alla parola *esilio nn.* 9, 10. Nello stesso senso fu deciso il 7 giugno 1830, e di nuovo il 19 novembre 1831 a relazione Vannini, di una inosservanza commessa per causa di salute: Cerretelli *verbo pena, nn.* 5, 17. Ma la regola stessa si fa risalire al testo romano per argomento dalla *l. qui cum uno ff. de re militari;* e l'applicazione ne è comune anche fra i vecchi pratici (vedasi Sanfelice *Decisiones Neapolitanae decis.* 255, *vol.* 2, *pag.* 158) e fu estesa ancora alla causa di amore: Giurba *consil. crim.* 47. Analoga dottrina prevale nella Giurisprudenza militare in tema di *deserzione:* Crispolto *decisiones militares cas.* 9.

§. 2843.

In proposito della inosservanza di pena fu viva la disputa intorno al requisito della *flagranza.* Molti criminalisti sostennero che contro questo reato non potesse procedersi per *inquisizione* (1). Secondo i medesimi è necessario che il contravventore sia sorpreso in flagrante violazione della condanna. Se il relegato o lo esiliato che violò per qualche tempo il precetto si è restituito al luogo di pena senza che voi lo abbiate potuto cogliere in fallo, non vi è permesso punirlo. Ciò per alcuni si deduce dai pericoli ed incertezze di una procedura inquisitoria nascenti dalla difficoltà di bene accertare o la identità della persona o la località vietata in cui pre-

tendasi essere stato veduto il condannato; difficoltà che possono peraltro vincersi in molti casi. Per altri si deduce dalla mancanza di dolo, e questo è l' argomento più specioso: quando il condannato tornò spontaneamente al luogo di pena mostrò che non aveva *l' animo di sfuggire la pena* che è il dolo speciale costituente questo reato; ma che subì lo impero di un qualche eccezionale desiderio o bisogno: ragionamento sofistico, perchè la pena di un mese di esilio consiste nel non tornare per trenta giorni nel luogo vietato; e chi vi è tornato anche per un solo giorno ha voluto subire una pena non di trenta giorni ma di ventinove.

(1) Prati *respons.* 9.

§. 2844.

Contro tale dottrina insorse Paoletti *(instruz. per compil. i proc. crim.* §. *19)* e sostenne invece che la inosservanza di pena potesse benissimo reprimersi anche con un processo inquisitorio. Ed io confesso che mi sembra meglio accettabile questa opinione (1). Nè solo m' induce a ciò la frivolezza degli argomenti contrarii, ma più ancora due considerazioni; la prima è quella che verso la inosservanza di pena si userebbero due pesi e due misure: l' una più larga e benigna verso gli esiliati ed i confinati; l' altra necessariamente più severa per gl' interdetti da una professione (medici o levatrici) pei quali sarebbe veramente ridicolo pretendere la sorpresa in flagranti! La seconda considerazione è la troppo facile elusione della legge. L' esule che

confida nella agilità delle sue gambe potrebbe ad ogni settimana recarsi baldanzoso nei luoghi interdetti dove specialmente non siano permanenti distaccamenti di pubblica forza. L'esiliato da Firenze e lo esiliato da un contado remoto sarebbero in situazione diseguale rispetto alla verità della punizione. La esemplarità della pena è distrutta dalla presenza del condannato anche per poche ore nel luogo inibito. Quando l'esiliato si è fatto vedere nel luogo interdetto, la offesa alla giustizia è consumata, i cittadini sono stati testimoni all'insulto fatto al decreto del magistrato. E quando la forza giunge sul luogo, il pubblico ride di nuovo al vedere che l'inobbediente ha lestamente rivarcato il confine, e di là saluta gli apparitori (resi impotenti ad arrestarlo per la teorica della flagranza) mentre aspetta che se ne tornino onde varcare di nuovo il confine. Qual' è la esemplarità della pena appo i cittadini spettatori di questo gioco? La contraria dottrina ha il suo germe nel guardare l'esilio o il confine come misura di polizia. Ma non è tale: e quando anche lo fosse sente ognuno che la legge non sarebbe efficace con un simile sistema.

(1) Dalla *practica* del Novello a *pag. 77*, ed in generale dagli antichi formulisti criminali, resulta evidente che nella maggior parte delle curie italiane si procedette sempre per via di inquisizione contro i violatori del confino senza bisogno della sorpresa flagrante; e dopochè si erano restituiti volontariamente al luogo di pena. Tanto è lunge dallo essere accettata in pratica la dottrina la quale richiede la sorpresa in flagrante per punire la inosservanza all' esilio che invece incontrasi vivissima disputa fra i dottori circa l' onere della prova. Molti infatti sostengono che al fisco basti affermare la

inosservanza, e spetti al condannato la prova della obbedienza: altri (più ragionevolmente a mio credere) insegnano non essere qui adattabile la regola che si oppone ad imporre l' onere della prova negativa perchè qui veramente si chiede al fisco la prova di un fatto positivo. Si vedano su questo punto controverso Farinaccio *practica criminalis, verbo Bannitus, n.* 98 — Pacio Jordano *lucubrationes vol.* 3, *lib.* 14, *tit.* 17, *n.* 33, *in fin. fol.* 268 — Tuschio *communium conclusionum, litera N, conclus.* 29, *n.* 34, *et* 39 — Conciolo *resolut. crim. verbo exilium, resolut.* 2, *n.* 3 *et* 4 — Sanfelice *decis.* 31 *in princ.* — Poggi *elementa juris crim. lib.* 1, *cap.* 4, §. 98.

§. 2845.

Il *criterio misuratore* della quantità politica di questo reato si desume dalla *gravità* della pena inosservata; e dal *numero* (1) delle inosservanze. Ad una prima inosservanza può infliggersi un' altra pena più intensa, ma sempre del genere di quelle che si eseguiscono col solo costringimento morale. Ma ad una seconda inosservanza è indispensabile ricorrere ad una pena suscettibile di coazione fisica. Così procede il codice Toscano agli art. 21, §. 5; 29, §. 3; 163; 164.

(1) Quando qui parlo del numero delle inosservanze suppongo una seconda inosservanza che succeda ad una prima già conosciuta e punita. Le più inosservanze ripetute prima della sorpresa offrono i criterii della *continuazione*, o almeno ne presentano il problema. Vedasi il giudicato della Corte di Rennes dell' 11 novembre 1868: Morin *art.* 8776. Ma non a caso io dico che qui si asconde un problema nella ipotesi di un sistema che ammetta il procedimento contro

questo reato per via d'inquisizione e non per sola sorpresa. Una sentenza del 1 maggio rende costante una inosservanza di pena commessa il 2 aprile, e condanna per questa. Posteriormente viene a scuoprirsi che il medesimo era caduto in altra inosservanza nel precedente febbrajo. Potrà egli venire sottoposto a nuovo procedimento e condanna per la inosservanza del febbrajo, o questa sarà coperta dalla sentenza del maggio?

§. 2846.

Una questione si sollevò nella nostra giurisprudenza (1) circa la inosservanza di pena che avesse durato tanto da consumare la prescrizione a partire dal primo giorno di inobbedienza. Alcune volte i tribunali nostri ammisero la prescrizione, ma poi si venne in contraria sentenza; e questa è la dottrina più vera, perchè si tratta di delitto *continuato*.

(1) Vedasi Cerrelelli *repertorio, parola pena, n.* 15; e Chartario *decis.* 6, *n.* 28.

§. 2847.

Avvi bensì una inosservanza di pena che non può per modo alcuno ascriversi a *delitto*, ed è quella che apre l'adito ad un modo di riparazione, che è in sostanza una vera sostituzione di pena a pena. Questa la società ottiene da un condannato a pena pecuniaria col convertirla in proporzionata carcere quando ei non la paghi. Questo metodo è universalmente accolto, ma non può davvero dirsi che tale inosservanza sia un *reato*, perchè presuntivamente procede da mancanza di mezzi pecuniarii che non

può ascriversi a colpa del condannato. Esso si novera tra i modi di espiare la pena; e quantunque molti abbiano lamentato la disuguaglianza che apparentemente ferisce nel vedere per lo istesso delitto un delinquente posto in carcere e l' altro no, pel solo motivo che questi ha denaro, pure ella è una necessità di giustizia. Altrimenti i poveri, che hanno il disgraziato privilegio di non pagare tasse allo Stato, quantunque forse gli siano più che gli altri di aggravio, avrebbero ancora il privilegio di commettere impunemente tutti quei reati che la prudenza legislativa vuole puniti con pena pecuniaria. È vero che ciò porta una disuguaglianza nella forza fisica oggettiva della pena sulla sensibilità del delinquente, ma la disuguaglianza in questo rapporto è una necessità umana impossibile ad eliminarsi da qualunque foggia di pena, perchè dipende dalle infinite varietà di condizione del soggetto passivo della medesima.

CAPITOLO V.

Delitti contro la pubblica giustizia di persone private *contro* persone private.

§. 2848.

Può sembrare a prima giunta di soverchio sottile ed inconcepibile la formula del Carmignani di delitti contro la giustizia pubblica commessi da *privati* contro *privati*. Ma essa è per altro esatta, e necessaria. È *esatta*, perchè vi sono dei fatti nei quali si offende direttamente la giustizia pubblica

senza che nei medesimi intervenga la persona del pubblico ufficiale: e la loro repressione risponde al bisogno (§. 2481) che in bene ordinata consociazione la giustizia si converta in certe regole pratiche direttive della condotta dei cittadini per opera del solo legislatore, al quale soltanto appartiene il diritto di dettare le leggi positive dello Stato; e amministrisi poi dai soli suoi ufficiali forniti della opportuna giurisdizione e non di privata autorità. È *necessario*, perchè in certi fatti potrebbe non trovarsi la *violazione* del *diritto*, se la medesima non si configurasse nella offesa al diritto universale che tutti i consociati hanno al pieno rispetto e vigore della giustizia pubblica. Quando taluno ha esercitato un *diritto vero* e reale, non saprebbe concepirsi delitto, ossia lesione del diritto, nel mantenimento del diritto, se non si concepisse la lesione nel rapporto della giustizia considerata come *istituzione sociale*. Quando due sonosi liberamente accordati di battersi a duello, non si può in quest' accordo trovare lesione nessuna dei diritti reciproci dei due consenzienti; e per trovare una violazione del diritto bisogna abbandonare i rapporti degli individui tra loro, e cercarla nei rapporti dell' individuo con la società. La *ragion fattasi*, il *carcere privato* e il *duello* sono i titoli che s' incontrano in questa serie. Il concetto di questi tre titoli di reato è lo identico: identica la oggettività primaria che costituisce il substrato dello elemento criminoso di tutti tre; vale a dire la usurpazione per parte del privato dello ufficio di legislatore o di giudice. Ma il reato negli ultimi due titoli diviene *complesso*, perchè oltre a ledersi il diritto sociale si offende o si pone a pe-

ricolo un diritto naturale della *persona* sulla quale cade l'azione; vale a dire il diritto alla *libertà personale* nel *carcere privato*, e il diritto alla *integrità e vita* della persona nel *duello*. Ma sempre in tutti tre la classe e la respettiva natura speciale si determina dal comune criterio che diede il primo impulso all'azione, quello cioè di farsi giustizia di privata autorità.

Titolo I.

Ragion fattasi.

§. 2849.

La *ragion fattasi* (1) è il delitto di chiunque — *credendo di avere un diritto sopra altro individuo lo esercita malgrado la opposizione vera o presunta di questo, pel fine di sostituire la sua forza privata all' autorità pubblica, senza per altro eccedere in violazioni speciali di altri diritti.* Alla essenza di cotesto reato è dunque indifferente che il diritto esercitato fosse vero e giusto, o fosse sognato ed ingiusto. Il delitto non sta nell' avere violato la giustizia nella *sostanza*, ma nell' averla violata nella *forma*. Ciò nelle leggi toscane non influisce neppure come *criterio misuratore* della quantità: vi influisce però nel codice Sardo (art. 288) ed a me pare assai saggio: perchè non sempre i criterii misuratori dei reati procedono sopra linea parallela coi loro criterii essenziali; e niente repugna che una condizione la quale non altera la essenza di un reato possa modificarne la quantità: anzi è questa una verità quasi comune in tutti i malefizii.

(1) Bibliografia — Helfeld *dissert.* 21, *de violenta rerum nostrarum defensione* — Lyclama *benedictorum lib.* 2, *cap.* 17, *pag.* 319 — Van Eys *de vindicta privata cap.* 1, *sect.* 1 — Crell *dissertationes, dissert.* 72, *pag.* 1389, *de delictis quibus initium honestum fuit* — Anton Matteo *de criminibus lib.* 47, *tit.* 5, *cap.* 2, *n* 4 — Puttmann *elementa* §. 188 — Boehmero *exercitationes vol.* 2, *exerc.* 23 *de poena jus sibi dicentis sine judice* — Carmignani *elementa* §. 878 *et seqq.* — Giuliani *istituzioni vol.* 2. *pag.* 110.

§. 2850.

Gli estremi dunque di questo reato sono quattro — 1.° Un *atto esterno* che spogli altri di un *bene che gode*, e sia eseguito contro la opposizione o espressa o presunta di questo — 2.° *Credenza* di far quest' atto in esercizio di un diritto — 3.° *Coscienza* di fare di privato braccio quello che dovrebbe farsi per autorità di magistrati — 4.° *Mancanza di titolo più grave.* La *ragion fattasi* si esemplifica nel fatto di chi apprende di privata autorità un possesso goduto da altri — nel creditore che prende un oggetto del debitore per farsene un pegno, o pagarsi del credito — nel debitore che avendo pagato il debito riprenda arbitrariamente il dato pegno (Cassazione di Napoli 10 marzo 1865) — nella distruzione arbitraria di una opera materiale che credasi lesiva di un nostro diritto — nella espulsione violenta dell' inquilino moroso — ed altri simili casi (1).

(1) Non però nel fatto del colono che insista sulla colonia che gli fu debitamente disdetta. Il Carmignani fu tratto in errore dall' Anton Matteo, ed enumerò questo

fra i casi di ragion fattasi. Ma il Matteo equivocò nella intelligenza della *leg.* 10 *C. unde vi:* e dimenticò il principio che è supremo regolatore di questa materia — *qui continuat non attentat.* La *leg.* 10 *unde vi,* presa a fondamento di questa dottrina, non prova l'assunto, e prova invece il contrario. Non prova l'assunto, perchè non parla di delitto, ma soltanto di *refusione di danni* in via *civile.* Prova invece il contrario, perchè l'Imperatore dispone che i coloni i quali si ostinano a non rilasciare il fondo siano condannati nei danni, *si cognitionis judiciariae eventu fuerint damnati.* Se dunque cotesta legge condanna in *aestimatione* soltanto coloro che furono *succombenti* nel giudizio *civile,* è evidente che non si tiene il concetto della ragion fattasi criminosa, la quale espone alla pena quantunque il diritto esercitato sia *vero;* ed anzi induce per giure romano la *perdita* del diritto, in pena dell'arbitrio commesso; e per tale decadenza rende impossibile la ulteriore prosecuzione della lite civile. Quando dunque Zenone presuppone la prosecuzione della lite, e la possibilità che nella lite vinca il colono, niente può desiderarsi di più lucido e di più chiaro per dimostrare che il rescritto di Zenone prova diametralmente l'opposto di ciò che si volle insegnare all'ombra del medesimo.

§. 2851.

Primo estremo — L'atto esterno deve privare altri *contro sua voglia* di un *bene che gode.* Chi è nell'attuale godimento di un bene e *continua* a goderne a dispetto di chi non voglia, non delinque; perchè la legge protegge lo *statu quo,* il quale non può variarsi tranne per consenso degl'interessati, o per decreto dell'autorità giudiciale. Sarebbe ragion fattasi l'azione dell'altro che mi impedisse di continuare in quel godimento: dunque non può essere ragion fattasi l'azione mia con la quale mi

mantengo in quel godimento. Chi (a modo di esempio) senza spreto di una intimazione giudiciale o di una speciale inibizione della autorità, faccia delle opere sul suolo da lui posseduto sebbene possano essere contrarie al diritto del vicino e civilmente illecite, non consuma delitto.

§. 2852.

Del pari il dissenso altrui, o vero o presunto, è estremo di questo reato, perchè trattasi di diritti liberamente alienabili. Ma dicesi che basta anche il dissenso *presunto;* perchè la ragion fattasi può esistere anche *senza violenza,* come avviene quando l' altro non consente ma neppure si oppone apertamente, perchè (per esempio) è assente. Tostochè tale dissenso è conosciuto si ha sempre una ragione fattasi, quantunque (§. 2858) *impropria* (1).

(1) Pensarono alcuni che prima della celebre legge *Julia de vi* fosse nella libertà repubblicana di Roma lecito a ciascuno di farsi giustizia di privata autorità. Ma codesta opinione, fondata unicamente sulla mancanza di un testo espresso di legge in cui si punisse la ragion fattasi, non è verosimile: e d' altronde provano il contrario le *vindiciae,* i giudizi pretorii istituiti appositamente per il ricupero delle cose proprie. Provvide poi con espresse sanzioni avverso questo delitto la legge *Julia de vi privata,* la quale oltre a proibire in genere qualunque esercizio di privata autorità contemplò specialmente alcuni modi più frequenti di farsi ragione. Successivamente un decreto di Marco Antonino ricordato da Callistrato in *l. 7, ff. ad leg. Juliam de vi privata* aggiunse la pena della perdita del diritto. È notabile in questa legge qual fosse il concetto della violenza — *Et*

quum Marcianus diceret vim nullam feci, Caesar dixit; tu vim putas esse solum si homines vulnerentur. Vis est, et tunc quoties quis id quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit; non puta autem nec verecundiae nec dignitati tuae convenire, quidquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitaris non ab ipso sibi traditam sine ulla judice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse jus, crediti non habebit. La qual pena non fu già sostituita alle pene antecedentemente sancite; ma fu aggiunta alle medesime, come rilevasi dalla *l.* 12 *in fin. ff. quod metus causa.* Non mancano peraltro ottimi interpetri i quali alla *l.* 13 *ff. quod metus causa* (che è la riproduzione del frammento di Callistrato riferito al *tit. de vi privata)* pensino che il decreto di Marco Antonino provvedesse ad una specialità che non cadeva sotto la legge Giulia, vale a dire al caso appunto del creditore che avesse ricuperato il suo diritto senza il consenso del debitore, ma senza peraltro usare violenza contro di lui; ed a questa fattispecie provvedesse l' Impèratore comminando la perdita del diritto. Secondo tale interpetrazione la distinzione fra l' *arbitria* e la *ragion fattasi* risalirebbe al giure romano. Questa sarebbe stata colpita dalla legge Giulia *de vi privata,* e quello dal decreto di Marco Antonino. Sulla penalità della perdita del diritto aggiunta alla ragion fattasi trovasi ampia trattazione, così in faccia al giure romano, come al giure canonico, come alla pratica, nel Boehmero *(exercitatianes vol.* 2, *pag.* 8 *ad* 35) il quale sembra opinare che sia perseverante nella pratica. Al contrario sostennero che più non era in uso, Sarmiento *selectae interpret. lib.* 2, *cap.* 13, *n.* 7 — Covarruvio *variarum resolutionum lib.* 3, *cap.* 15, *n.* 7 — Groeneweghen *de legibus abrogatis ad l.* 13, *ff. quod metus causa* — Carpzovio *practica pars* 4, *cap.* 37, *n.* 11 — Helfeld *opuscul. et dissert. opusc.* 21, §. 4, *pag.* 476 — Colero *decis.* 125. Insegnò invece doversi mantenere il Brunnemanno *in C. l.* 7 *si quis in tantum C. unde vi; et in pandectas ad l.* 13

quod metus causa n. 5 — Cramer *observat.* 1070 — Strykio *usus modernus in tit. quod metus causa* §. 9 — Goeddeus *Consilia Marpurgensia cons.* 68, *n.* 10 — Mevio *decisiones pars* 1, *decis.* 95 — Kind *Quaestiones forenses lib.* 1, *cap.* 76, *pag.* 294 — Wernher *observationum vol.* 1, *pars* 1, *obser.* 203, *pag.* 219. E questa opinione prevalse fino al 1853 nelle pratiche giudiciali toscane (Cerretelli *repertorio, par. ragion fattasi, n.* 13) ma quello che vi era di nuovo e singolare fra noi si è che la perdita del credito non si decretava a favore del debitore passivo della violenza ma a favore del Regio Fisco al quale si devolveva. La disputa relativa a decidere se la perdita del diritto fosse pel giure Romano conseguenza *costante* della ragion fattasi, o soltanto eccezionale in alcune sue forme, risale ai glossatori; e fu argomento di controversia fra i due antagonisti Martino e Bulgaro; il primo dei quali sosteneva che questa fosse eccezionale in certi casi speciali, mentre Bulgaro insisteva che fosse comune ad ogni forma di *ragion fattasi.* Vedasi Haenel nella dissertazione intitolata *dissentio dominorum pag.* 26 *et* 78, *Lipsia* 1834.

§. 2853.

Secondo estremo — *Credenza* di esercitare un diritto, cioè di far cosa *giusta nella sostanza.* È di qui che il titolo di ragion fattasi trae la necessità del suo speciale modo giuridico di essere. Se io ho la credenza di violare il diritto altrui nella *sostanza,* il mio reato tragge la indole sua da *questo diritto* che violo e so di violare. Ma quando io credo di far cosa conforme al diritto mio, la violazione del diritto altrui non può dare il titolo al malefizio, perchè io sotto questo rapporto non sono in dolo. Se prendo la cosa del mio debitore per pagarmi, non ho l' animo di arricchirmi, non ho l' animo di spo-

gliare altri; non son reo di *furto* (§. 2250). Se taglio l' albero in un fondo che credo mio sebbene posseduto da altri, perchè ritengo indebito questo possesso altrui; non sono reo di *danno dato*, perchè non ho l'animo di danneggiare l'altrui, ma soltanto di esercitare il mio gius di dominio sul mio. La criminosità non nasce e non può nascere dalla violazione del diritto *particolare;* la quale *in rei veritate* può anche non esistere per modo alcuno. La criminosità consiste nello animo di sostituire l' autorità mia all' autorità della legge scritta od all' autorità del giudice, che avrei dovuto invocare perchè desse sanzione al mio diritto. Dove manchi pertanto cotesto estremo non sparisce la delinquenza ma degenera e cambia: ossia rientra nell'ordine naturale a cui la richiama il diritto particolare violato, e dal diritto particolare dipende. Facciasi un esempio speciale: Tizio ha preso la cosa altrui; se egli l' ha presa perchè credeva essere stata a lui relitta dal proprietario, egli non è reo di furto, ma di ragion fattasi, anche se il testamento ed il legato sia vero e valido. Tizio ha preso la cosa altrui non sapendo di legati o di testamenti; ma stimandola cosa altrui: è reo di furto. Ma dopo il fatto si avvera che quella cosa era stata a lui lasciata dal proprietario alla sua insaputa: ecco: Tizio non è più reo nè di *furto* nè di *ragion fattasi.* Non è reo di *furto,* perchè al furto manca l'elemento *materiale,* poichè fu presa non la cosa altrui, ma la propria; e la prava intenzione se scompagnata dalla effettiva violazione del diritto non si punisce, come delitto consumato; e neppure può punirsi come attentato quando mancò agli atti esecutivi la potenza di violare il

diritto per cagione della proprietà. Non è poi reo di *ragion fattasi*, perchè a questo reato manca l' *elemento intenzionale*. Tizio non conoscendo il testamento non potè avere la credenza di esercitare un diritto, nè l' animo di agire in spreto della giustizia. Da ciò si vede come il crimine di ragion fattasi abbia un criterio tutto ideologico ed un carattere eminentemente politico. Il moralista assolve colui che è condannato dal giudice: il giudice assolve colui che è condannato dal moralista. Chi credendo di aver diritto ad una cosa vuol vincere con la privata forza la reluttanza del possessore della cosa il quale nega quel diritto, deve essere punito, perchè ad un tempo mostra diffidenza della giustizia pubblica e volontà di usurparne i poteri. È prominente il carattere *sociale* di questo malefizio (1).

(1) Un esempio di ragion fattasi lo pone Besoldo (*thesaurus practicus vol.* 1, *lit. h, pag.* 415, *n.* 30) nel fatto di chi invada la casa altrui per rintracciarvi cose a sè rubate, e che suppone nascoste colà. Anche qui lo elemento *intenzionale* modifica lo elemento *materiale*. Il fatto che senza dubbio è illecito costituirebbe nella sua materialità il delitto di *violazione di domicilio;* ma perchè eseguito con lo intendimento di farsi privata giustizia il vero titolo obiettabile è quello di *ragion fattasi*. Di consimili degenerazioni di titolo per causa dell' animo di farsi giustizia abbondano gli esempi nella pratica giornaliera. Altra ipotesi che porse occasione di disputa è quella del padrone che di privata autorità ponga fuori del suo fondo o della sua casa il colono o lo inquilino dopo finito il contratto o per non pagata mercede. Su questa disserta Boehmero (*exercitationum vol.* 2, *exerc.* 23, *pag.* 28) esponendo le contrarie opinioni e ten-

tandone la conciliazione. Altro esempio riferisce Mayer *observationes de interdicto quod vi aut clam pag.* 55, *vers. aliam causam.* Del resto questo estremo dello *elemento intenzionale* non può avere circoscrizioni prestabilite. Basta che esista e non sia affettata la *opinione* di avere un diritto. Così rettamente decise la Cassazione di Torino il 29 giugno 1872 che un *provvedimento* giudiziale (quantunque possa rendere meno ragionevole la opinione del diritto) non basta ad escludere che lo agente abbia potuto credere ingiusto quel provvedimento, e così mantenere la opinione di esercitare un diritto in onta di quello.

§. 2854.

Terzo estremo — *Coscienza* di fare cosa ingiusta nella *forma.* Il secondo estremo testè sviluppato parrebbe facesse sparire ogni dolo, sommergendolo nella credenza di aver ragione. Il terzo estremo ricostruisce la nozione del dolo nel fatto, e segnala il *dolo* (1) *specialissimo* che è tutto proprio di questo reato. Nel primo estremo ho indicato ciò che costituisce l' *elemento materiale* del malefizio: spoglio di un bene da altri goduto; dissenso almeno presunto di questo. Ora nel terzo estremo il primo estremo si riproduce sotto la forma di *elemento intenzionale* in quanto l'estremo materiale esista ideologicamente riprodotto nell'animo dell'agente. Bisogna cioè ch'io *sappia* che quel bene *è goduto* da altri; bisogna che io *sappia* che questi *non consente* a che io ne lo privi. Se per un errore di confini io estendo il solco sul campo del vicino da lui posseduto, io ho materialmente spogliato un dissenziente del bene che godeva; primo estremo: io ho avuto la credenza di esercitare un diritto; secondo estremo. Ma io non

sono reo di *ragion fattasi*, perchè ne manca il terzo estremo: cioè perchè non ebbi l'animo di assumere arbitrariamente il diritto che credeva di esercitare. Se io vo in casa dell'amico; e trovatolo assente prendo un libro mio che già gli aveva imprestato, e di cui ho bisogno, nella opinione che s'ei fosse stato in casa non si sarebbe opposto; ecco: se avviene poi che l'amico non volesse renderlo, e pretendesse avere invece ragione di ritenerlo vi è il primo estremo della ragion fattasi, ho privato altri di cosa da lui tenuta, e contro sua voglia: vi è il secondo estremo; ho fatto ciò nella credenza di averne diritto. Ma pure non è ragion fattasi per difetto del terzo estremo: cioè perchè il primo estremo non si è ideologicamente riprodotto nella mia mente. Esso non esiste nel mio intelletto, perchè io non conosco la opposizione dell'amico: manca dunque l'*elemento intenzionale* nel suo secondo criterio, perchè io non ebbi coscienza di far cosa ingiusta nella *forma*. Pongasi adesso che l'amico mi avesse fatto noto che non voleva rendermi il libro, perchè (per esempio) avea speso a farlo rilegare, o aveva altro motivo per negarsi alla restituzione: pongasi che io sciente di ciò abbia spiato il momento in cui l'amico era assente, per introdurmi in sua casa e riprendere il libro: ecco sorto il terzo estremo della *ragion fattasi*. Io conosceva il dissenso dell'amico a spogliarsi di quella detenzione: io credeva per altro ingiusta la sua renitenza: io però non volea spendere a fare una lite; non ho voluto implorare, come doveva, il braccio del giudice: mi sono ripreso la cosa mia con l'intendimento di vincere l'altrui opposizione col mezzo della privata mia forza, senza

ricorrere all' autorità pubblica. Ecco il *dolo speciale* della ragion fattasi.

(1) Fu sempre unanime la giurisprudenza toscana nel ravvisare in questo il dolo speciale indispensabile al delitto di ragion fattasi: Corte di Cassazione di Firenze 27 gennajo 1858 — ivi — *per la natura ed essenza giuridica del delitto di ragione illecitamente fattasi, sia pure o no accompagnato da violenza, d' uopo è necessariamente ritenere che nell' agente deve esistere la prava intenzione di sostituire la propria all' autorità dei tribunali, ed ottenere così ciò che gli è, o crede gli sia dovuto, e gli è da altri negato, senza ricorrere alla pubblica giustizia, della quale mostra non fare conto, ponendo in suo luogo e vece la giustizia individuale e privata.* Concorda Corte di Cassazione di Firenze 25 luglio 1855 e 5 settembre 1864 sul ricorso *Trappoli.*

§. 2855.

Lo *spreto della giustizia* costituisce la indole giuridica di questo reato: e tale spreto ricorre nel caso, tanto *intrinsecamente,* quanto *estrinsecamente.* Ricorre *intrinsecamente,* perchè di fatto il privato usurpa la prerogativa del magistrato. Ricorre *estrinsecamente,* perchè il privato così facendo mostra di non avere fiducia nel magistrato. In tale spreto consiste il dolo caratteristico della ragion fattasi: senza questo terzo estremo la idea della ragion fattasi condurrebbe all' assurdo, perchè ognuno che facesse cosa da lui creduta di suo diritto diverrebbe incriminabile. No, esso lo diviene soltanto quando abbia la coscienza di non potere agire in siffatta guisa: quando sappia cioè che suo dovere sarebbe

di implorare l'autorità del giudice, ed ei non voglia sottostare a cotesto dovere. Laonde se il dovere esisteva ma l'errore dello agente cadde sul pensare (non irragionevolmente) che il dovere non gli corresse, esulerà un' altra volta la idea dalla responsabilità per mancanza di dolo; e perchè tale è l'effetto (§. 260) dell'errore sostanziale. Perchè il dolo qui non stando nella intenzione di violare il diritto particolare, ma nella intenzione di disprezzare la giustizia; non può avere la intenzione di offendere la giustizia colui che non vi ricorre perchè crede non essere nel dovere di ricorrervi. Bisogna dunque che si creda da un lato di avere il diritto, lo che esclude l'animo di far cosa ingiusta nella *sostanza;* ma che si sappia altresì che lo esercizio di cotale diritto, a fronte della opposizione del terzo, esige l' intervento della autorità pubblica; il che esprime l' animo di far cosa ingiusta nella *forma.* Non tutto ciò che si fa a dispetto di altri nella opinione di averne diritto è delitto di ragion fattasi: non lo è tutte le volte che si abbia opinione di aver diritto non solo *alla cosa,* ma anche a far la cosa *in quel modo.*

§. 2856.

Quarto estremo — Che non concorra la violazione di un altro diritto *dalla quale nasca nel reato un titolo speciale.* Colui che uccida il ladro colto in flagrante nella opinione di averne diritto, non è reo di ragion fattasi, ma di omicidio. Colui che per esercitare il preteso diritto raguni una turba, e commova la *pubblica quiete;* sarà reo di *violenza pubblica:* e così via discorrendo.

§. 2857.

Su tal proposito esiste grave dissenso fra Paoletti e Carmignani. Il primo insegna che quando vi è il *fine* di esercitare un diritto, rimane il titolo di ragion fattasi ancorchè il mezzo sia stato una violenza *coattiva,* consistente cioè nel costringere altri a fare o patire una qualche cosa. Carmignani invece insegna che quando per esercitare un diritto si usa violenza alla altrui *libertà personale* il delitto degenera in altro titolo, che però egli non indica, e che nella sua mente non sa congetturarsi qual sia; poichè egli altrove nega il titolo di violenza privata come titolo di per sè stante. Io stimo più vera la dottrina del Paoletti. Al momento che interviene l' animo di farsi giustizia, la violenza privata assume il carattere di *mezzo;* e per la sua nozione essenziale non può più ravvisarsi come costitutiva di titolo speciale, perchè la lesione alla libertà personale non è costitutiva di un titolo *sui generis* tranne quando essendo fine a sè stessa non tende ad altro fine criminoso. Il fine di farsi giustizia esclude ogni altra forma di *dolo* a meno che non sia più nel *subietto* che nell' *obietto,* come negli esempi dell' omicidio, della lesione, o della violenza pubblica che siano stati *mezzo* alla ragion fattasi. Ma la semplice lesione della libertà personale altrui, quando non assume un *nome speciale,* essendo l' ordinario concomitante della ragion fattasi *propria,* non può produrre cotesto effetto; altrimenti si distrugge affatto la nozione della ragion fattasi *propria* (§. 2858). Se ho preso con vio-

lenza la cosa creduta mia, non sono reo perciò di furto violento, nè di estorsione, nè di rapina: è sempre il *fine* che dà la essenza al reato quando nell'azione non interviene la violazione di un diritto diverso dal semplice diritto alla libertà personale. Il codice Toscano non sanziona la opinione del Carmignani, ma bensì quella del Paoletti; poichè all' art. 361 parifica la violenza commessa con l' obbligare *altri a fare,* e la violenza consistente nel costringere altri a *patire che io faccia:* il che è nitida prova che non accoglie la distinzione fra la violenza *coattiva* (primo caso) e la violenza *induttiva* secondo caso: e la emenda portata sull'art. 146 al testo primitivo del codice Toscano dalla legge degli 8 aprile 1856 conferma cotesta verità. Chè se la ragion fattasi la quale si estrinsechi col mezzo odiosissimo del *carcere privato,* costituisce un reato speciale ed assai più grave, ciò avviene perchè in questo caso non si ha soltanto una momentanea restrizione alla libertà o fisica o morale dell' uomo la quale abbia servito di *mezzo* al fine di farsi ragione, ma un vero attacco diretto contro la sua *fisica libertà,* che era l'unico *fine* dell'agente, e che per la sua odiosità e gravezza ha meritato un nome speciale, come fra poco vedremo. In una parola nella ragion fattasi la *vis* contro la libertà dell'avversario è sempre un mezzo tendente a diverso *fine* (per esempio recupero di cosa, occupazione di fondo, ec.) e lo è tanto se si estrinsechi col costringere l'avversario a *patire* che *io* prenda o *faccia,* quanto se si estrinseca nel costringere l'avversario a *fare* o *dare* egli stesso. Ma nel *carcere privato* l'aggressione contro la libertà personale

è *mezzo*, e *fine* unico dell' aziono nel tempo stesso; perchè il farsi ragione consiste in questa forma unicamente nel privare l' avversario della sua libertà. A buona ragione dunque il *carcere privato* ha (come fra poco vedremo) caratteri speciali che lo staccano dalla ragion fattasi, ed obbligano la esattezza del giurista a farne un titolo distinto.

§. 2858.

Il criterio *misuratore* (1) della quantità politica di questo reato si desume principalmente dal *mezzo* adoprato. Di qui la distinzione fra ragion fattasi *propria* ed *impropria*. La *propria* si ha quando all' esercizio arbitrario del diritto si venne con usaro violenza *vera* (o fisica o morale) contro l' opponente. Ragion fattasi *impropria* si ha invece quando si venne a ciò con la sola violenza *presunta*; cioè non assenziente l' altro, ma senza vincerne la opposizione che (per esempio, perchè assente) non fece. La ragion fattasi *impropria* (detta anche dalla pratica *arbitrio*) è delitto assai più leggiero, e ordinariamente è di azione privata (2).

(1) A rigore di principii il delitto di ragion fattasi avendo la essenzialità propria nel voler sostituire l' autorità privata alla pubblica non si modifica in nessuno dei suoi rapporti per la circostanza che il diritto esercitato fosse *vero* ed in realtà sussistente anzichè *opinato* ed erroneamente supposto. Ma nella pratica certi morali riguardi prendono spesso il luogo ed assumono la sembianza di deduzioni giuridiche. Al modo stesso pertanto che si è ammesso nel delitto di falso una diminuente per il falso commesso al fine di pro-

vare un *fatto vero;* e nella stessa violenza pubblica (Leyser *vol.* 9, *spec.* 590, *meditationes* 7 *et* 8) una diminuente per il moto suscitato a buona ragione; così anche nella ragion fattasi non mancano i dottori i quali abbiano insegnato doversi trovare una diminuente nella verità del diritto arbitrariamente esercitato. E questa opinione si è adottata dal codice Sardo all' art. 288, come ho notato di sopra.

(2) In quanto a questo titolo di *arbitrio* (ragion fattasi senza violenza) che si vuol mantenere fra i titoli di delitto, io penso che quando lo ulteriore progresso civile avrà purificato le idee dei rapporti fra lo individuo e lo Stato da certe nebbie tradizionali, questo titolo debba scomparire dal novero dei reati.

§. 2859.

Non potrà mai per altro dimenticarsi il supremo principio della legittimità della difesa del diritto per parte del privato: e tuttavolta che l' invocare l' autorità non basti al bisogno del momento per la legittima tutela del diritto messo a pericolo, non potrà mai farsi rimprovero al cittadino che ha usato la forza privata a tutelare le sue cose. Anche l' omicidio a propria tutela è una ragion fattasi: ma chi sognò mai di trovarvi delitto per la idea politica della deferenza alla pubblica giustizia? La massima *vim vi repellere licet* non è soltanto applicabile alla repulsa delle offese personali; essa si estende a qualunque repulsa di ingiusto attacco alla proprietà, quando la difesa si eserciti entro i limiti del moderame: si vedano le *leg. 1,* §. *27; leg. 3,* §. *9 eum igitur; leg. 17 ff. de vi et de vi armata — leg. 12,* §. *1 ff. quod metus causa — leg. 45,* §. *4 ff. ad leg. Aquiliam — leg. 1, C. unde vi — leg. 7,* §. *3 bellissime; leg. 22,* §. *2 si ad januam ff. quod vi aut*

clam — leg. 10 ff. de servitutibus — leg. 11 §. 1 ff. communia praediorum: che offrono eloquentissime applicazioni di questo principio. Perciò io posso inseguire il ladro e riprenderne le cose mie; respingere l'invasore del mio domicilio; abbattere *in continenti* gli ostacoli che sono stati eretti ad impedirmi un passaggio del quale era nel pacifico godimento e quasi possesso; perchè non è arbitrio resistere ad un atto arbitrario. La regola *qui continuat non attentat* è il palladio della libertà civile; è l'epicheia che può impedire al concetto della ragion fattasi di essere convertito in un fautore e protettore di disordine, ed in un vincolo intollerabile dalla sana ragione (1).

(1) Nelle antiche pratiche di Francia si negò che il possessore violentemente spogliato potesse anche immediatamente ricuperare per violenza il suo possesso contro l'usurpatore: Argentrè *commentaria in leges Britonum art.* 265, *glos. e, n.* 8 — Lapeyrere *décisions du Palais, lit. v, n.* 67. Ma la reintegrazione violenta di privata autorità contro lo spogliatore violento si ammise per principio costante dalle leggi romane purchè fosse eseguita *immediatamente:* e, salvo rare eccezioni, tale principio fu accolto nelle pratiche di quasi tutta Europa: Strykio *dissertat. vol.* 3, *diss.* 23, *cap.* 6, *n.* 54 — Monaco *decis. lucenses dec.* 11 — Lancellotto *de attentatis pars* 2, *cap.* 4, *lim.* 1, *n.* 13 — Persio *consil.* 21 — Scaccia *de sententiis gloss.* 3, *quaest.* 2, *n.* 32 — Pecchio *de aquaeductu cap.* 4, *quaest.* 6, *n.* 76 — Domat *les lois civiles livr.* 1, *tit.* 12, *sect.* 1, *n.* 7. Non è però che con questa regola si ammetta indistintamente lo *jus retorsionis:* Brunnemann *responsa Francofurtensia resp.* 17. Lo *jus retorsionis* è cosa tutta distinta dallo *jus defensionis,* e ormai lo sappiamo per

molto applicazioni che ne abbiamo fatto. Ma lo *jus defensionis* non si limita alla difesa della *sicurezza personale* quando non trattasi di aggredire l' altrui sicurezza personale. Nelle accuse di ragion fattasi non si vuole già imputare con questo titolo un ferimento od un omicidio che siasi commesso nella opinione di diritto: si vuole imputare un' *aggressione sopra cose* alle quali altri pretende di aver diritto al pari che noi. Onde tutta la questione si svolge sempre intorno alla prevalenza dei diritti reali respettivamente vantati, e si risolve per lo più valutando la poziorità del respettivo possesso. Ma quando colui che vorrebbe punirsi per ragion fattasi non fece che difendere un suo diritto del quale era nel godimento, vale comunemente in pratica la regola che non sia a parlarsi nè di ragion fattasi nè di arbitrio, tutte le volte che chi procurò a sè stesso coi suoi privati mezzi il ricupero del proprio diritto, versava in circostanze nelle quali sarebbe stato inutile o almeno di assai dubbio risultamento alla tutela di quello lo invocare ed attendere l' autorità giudiciale; Farinaccio *de furtis, et frogment. pars* 4, §. *auctoritate propria, n.* 264 — Menochio *de recuperanda passessiane remed.* 9, *n.* 491; *et de arbitrariis cas.* 516 *per tot.* — Bossio *cap. de pluribus vial. n.* 43 — Carpzovio *practica quaest.* 88, *n.* 47 — Gratiano *disceptat.* 826, *n.* 23 — Bonifacio *de furtis* §. 10, *n.* 42 *et seqq.* — Bruunemanno *exercitationes justinianeae exerc.* 24, *vers. Non habet tamen locum, pag.* 202; dove si esemplifica la regola nel caso del debitore fuggitivo o di chi ricupera dal ladro fuggente la cosa sottratta — Colero *decis.* 136 *ad* 169; dove si afferma lecito il sequestro momentaneo dell' animale colto a pascere nel nostro fondo. Ad eliminare dunque l' accusa di ragion fattasi due sono i principii che si possono spendere (principii ugualmente potenti ma distintissimi) quello cioè della *continuaziane del possessa,* e quello della *necessaria difesa.* Il gioco distinto di questi due principii si enuclea nettamente dall' Helfeld

nella citata dissertazione, dove espone la ragione di difesa a §. 5 *et seqq.* e le ragioni del possesso dal §. 27 al 36.

§. 2860.

Il codice Sardo (art. 286 a 288) gradua la penalità di questo reato con più completa analisi che non il codice Toscano (1). La punisce con la relegazione se vi intervennero *armi* e *percosse;* col carcere sopra tre mesi se *armi* senza *percosse,* o *percosse* senza *armi;* col carcere sotto i tre mesi se non vi furono nè *armi* nè *percosse;* con la multa se non vi fu violenza. Ammette poi come degradante la *verità* del diritto esercitato: per cui scende nel primo caso dalla relegazione alla carcere; nel secondo caso al carcere sotto i sei mesi; nel terzo caso dal carcere alla multa; nel quarto caso dalla multa all'ammenda. Il codice Toscano (art. 146) la punisce col carcere da un giorno a due anni quando fu accompagnata da violenza personale, e con la multa quando ciò non concorra.

(1) Oltre le graduazioni di penalità che qui accenno e che mi sembrano lodevoli, il codice Sardo ha due punti di differenza col codice Toscano sulla nozione del delitto di ragion fattasi, che sono radicali e notevoli — 1.° Che ammette una diminuente nella *verità del diritto;* come ho già notato al §. 2849 — 2.° L'altra differenza sta in questo che il codice Toscano, seguendo il suo eccellente metodo, definisce il reato col concetto giuridico. Laddove il Sardo, aderendo esso pure al suo opposto sistema, definisce il reato con le solite descrizioni di materialità — ivi — *costringe taluno a pagare un debito,* o *ad eseguire un'obbligazione qualunque,* o *turba l'altrui possesso, demolisce fabbricati,*

devia acque, abbatte alberi, siepi, rive o ripari stabili. Ora anche qui apparisce quanto sia *inutile* e *vizioso* questo sistema descrittivo delle materialità. *Inutile,* perchè con la formula *farsi arbitrariamente ragione esprimente il concetto giuridico* si dà del reato una nozione completa che colpisce tutti i casi possibili, e che si comprende da ognuno, come si è sempre compresa in Toscana da giudici di ogni sorta. È vizioso poi, perchè nelle infinite eventualità delle umane lotte possono incontrarsi esercizii arbitrarii di diritti opinati i quali non si estrinsechino in *tagli d' alberi, deviazioni d' acque, demolizioni di fabbricati,* od altra delle descritte materialità; e questi casi sfuggono alla sanzione penale: a meno che non si ammettano le condanne per analogia, lo che è il porto dove sono costretti a ricoverarsi i seguaci del metodo materialista, ma è un porto dove naufraga la giustizia.

Titolo II.

Carcere privato.

§. 2861.

Per obbedienza al metodo ricordiamo qui questo titolo sebbene infrequentissimo. Fu necessità di trattare largamente a questo luogo del *carcere privato* (1) pel Carmignani e per gli altri che come lui non avevano fatto una classe speciale dei reati contro la *libertà individuale.* La detenzione arbitraria di un uomo contro sua voglia non poteva non offrire un titolo di delitto per la palpabile lesione del diritto dello individuo imprigionato; e mancando la classe dei reati contro la libertà personale, non trovava collocazione: perciò onde darle una sede fu posta qui, come fu posto tra i delitti contro la

proprietà il *plagio senza detenzione* (§. 1666) per non sapere dove collocarlo. Gli ulteriori progressi della scienza hanno dovuto con tutta verità condurre a riconoscere (§. 1558) una classe speciale di maleffizi che si determinano dall' oggettivo della *libertà* individuale violata; e in quella classe ha trovato congrua sede con la *vis privata* e col *plagio* anche la *detenzione* arbitraria (o *carcere privato* improprio) della quale dicemmo ai §§. 1674, 1675 1676.

(1) Bibliografia — Caravita *instit. crim. lib.* 4, §. 1, *cap.* 4, n 1 — Colero *decis.* 164 — Paoletti *inst. crim. lib.* 3, *tit.* 6 — Poggi *jurisprudentia lib.* 2, *cap.* 18, §. 97 — Saint Edme *dictionnaire de la pénalité, mot détention* — Carmignani *elementa* §. 885 *et seqq.*

§. 2862.

La detenzione arbitraria assume per altro una forma speciale in ragione di uno speciale intendimento che incontrisi nello agente. Finchè si rinchiude altri arbitrariamente contro volontà di lui per motivo di *odio* o vendetta, si ha un semplice delitto *naturale* che trova tutti i suoi criterii nella violata libertà dello individuo. Ma come la detenzione arbitraria degenera dalla noziono che le assegnerebbe la sua materialità quando sia commessa pel fine di estorcere denaro dall' uomo rinchiuso o dalla famiglia sua, e divieno *furto con ricatto;* così degenera dalla sua ordinaria natura a causa di altro oggettivo prominente, quando fu commessa nello intendimento di esercitare *giustizia* sull' uomo rinchiuso. Sorge allora evidentemente l' oltraggio alla

pubblica giustizia usurpata: gli antichi lo avrebbero detto reato di lesa maestà per la invasione dei diritti maiestatici: noi dobbiamo riconoscervi un delitto sociale che avversa la istituzione della pubblica giustizia, e distinguerlo col nome di *carcere privato proprio* (1).

(1) La moderna scuola germanica ha introdotto una distinzione fra delitti *permanenti* e delitti *continuati*. Qual' è il vero concetto del delitto *permanente* posto in antitesi al delitto continuato? Dicesi che è *permanente* quel delitto, *il cui substrato è una protratta condizione di fatto contraria alla legge penale*. Se io non erro nello intendere questa nozione il delitto *permanente* sarebbe quello che Jousse chiamò *successivo*: ed avrebbe per sua condizione essenziale che quella protratta condizione di fatto contraria alla legge (stato *antigiuridico*) si estrinsecasse come conseguenza naturale e spontanea del *primo fatto* criminoso, senza bisogno (notisi bene) di nuovi atti che in loro stessi costituiscano una nuova violazione del diritto, perchè se ciò fosse avremmo evidentemente il delitto continuato. Ora trovo da un recente scrittore esemplificato il delitto permanente nel carcere privato; ed a questo non parmi potere aderire. Delitto *permanente* sarà il furto, perchè il ritenere presso di sè la cosa altrui anzichè renderla è uno stato contrario alla legge, ma non è un atto costituente nuovo delitto. Ma il carcere privato ogni giorno in cui si prolunga la detenzione presenta un atto nuovo che di per sè solo sarebbe passibile di pena: dunque è un delitto *continuato* e non un delitto *permanente*. Un esempio fa toccare con mano questa verità. Se un minore di diciotto anni ruba un cavallo e poscia divenuto maggiore continua ad usare e ritenere il cavallo sottratto, oppure lo alienа, e ne ritrae il prezzo, questa permanenza di uno stato antigiuridico doloso non vi autorizza per certo ad imputare il furto a colui come com-

messo in età maggiore. Ma se quel minorenne commise una detenzione arbitraria, e poi fatto maggiore continuò a tenere in carcere il suo nemico, non sembra che nello imputare a colui il delitto di carcere privato che continuò a consumare in età maggiore possa menarglisi buona la scusa della minorètà. Ecco la differenza fra il delitto *permanente* e il delitto *continuato*. Notisi che il carcere privato non sempre si consuma col *rinchiudimento*, ma anche col *ritenere* indebitamento colui avverso il quale il primo fatto del materiale rinchiudimento era stato legittimo. Ad ogni giorno pertanto in cui si *ritiene* indebitamente il recluso si reitera un atto consumativo della offesa all' altrui libertà, e questa (nel mio modo d' intendere) è vera *continuazione* di delitto e non semplice *permanenza* della condizione antigiuridica ormai costituita con la prima consumazione. Di questa forma di carcere privato per ritenzione più facilmente si possono rendere colpevoli le persone investite di pubblica autorità, circa le quali è a vedersi Carpzovio *Responsa electoralia lib.* 6, *tit.* 9, *respon.* 95.

§. 2863.

Uno di quelli scrittori umoristici che sanno trarre il ridicolo da certi confronti potrebbe darsi il piacere di un' arguzia ponendo a faccia il titolo di carcere privato col titolo di esimizione dal carcere. Descrivendo un tale che fosse stato punito per avere incarcerato Tizio onde castigarlo di una offesa a lui fatta, e poscia, divenuto amico del medesimo, quando esso era prigione per un delitto si volesse di nuovo punire per averlo liberato, potrebbe porre in bocca a costui un rimprovero alla autorità. Come si vive egli con te? Privai Tizio della libertà e mi punisti; rendo a Tizio la libertà e mi punisci; qual è la tua logica? Ma l' arguzia non approda perchè la società

ha due diritti, il diritto (o come altri (1) dice il *dovere)* di punire; e più ha il diritto di punir *sola,* ed impedire che il privato infligga la punizione. Senza ciò la costituzione dell' autorità civile non basterebbe a togliere l' anarchia che renderebbe impossibile la tutela giuridica necessaria alla umanità. Se rispetto ad alcune classi riferite ai reati sociali può (come accennerò a suo luogo) elevarsi dubbio sulla vera loro natura di reati sociali, siffatto dubbio certamente non cade in questa prima classe dei reati contro la pubblica giustizia, i quali sarebbero inconcepibili in uno stato di consociazione naturale: ed è sotto tale punto di vista che vogliono essere giudicati tutti questi malefizi.

(1) Una scuola moderna della quale in Italia è caldo propugnatore il Fulvio (acutissimo ingegno) sostiene questa nuova formula. Fu posta perpetuamente male la questione se la società avesse il *diritto* di punire, essa ne ha il *dovere.* Ma la nuova formula non può farsi signora della dottrina, perchè essendo relativamente falsa non è assoluta. Finchè si contemplano i *delitti naturali* è verissimo che l' autorità civile ha il dovere di punirli: è questa la unica sua ragione di essere imposta dalla necessità della tutela giuridica che preesiste alla sua costituzione; senza ciò faremmo bene a meno di lei: ma ne abbiamo bisogno assoluto perchè abbiamo necessità di una forza superiore a tutte le forze individuali, laquale (oltre al mantenere il diritto nella sua pratica signoria mercè il magistero civile) assuma in sè stessa il magistero penale, e detti i divieti e distribuisca le punizioni. L' autorità col non punire i delitti naturali non rinuncierebbe ad un *diritto* ma violerebbe il *debito* cardinale dell' uffizio suo. Quando però si contemplano i delitti sociali la punizione di questi (o almeno della maggior parte di loro) assume il

carattere di vero *diritto*. È costante questa verità che ogni diritto nasce da un dovere: così la società civile ha nella sua genesi il dovere di punire i delitti naturali: ma dalla necessità di adempiere a questo dovere nasce in lei il diritto di essere, e il diritto di creare i reati sociali per mantenere quegli ordini e quelle istituzioni, senza le quali l'adempimento del suo dovere le sarebbe impossibile.

§. 2864.

A questa forma di reato, oltre tutte le condizioni già sopra indicate per la detenzione arbitraria, si esige la specialità caratteristica che siasi privato contro sua voglia un uomo della sua fisica libertà per *punirlo di un delitto che noi crediamo essersi da lui commesso*. Procedendo con tale concetto è incontrastabile che l'oggettivo prominente del malefizio sta nella usurpazione della pubblica potestà. Sa ognuno quanto fosse frequente simile concetto ai tempi delle celebri contese, decise ovunque con le armi, fra i Re ed i Baroni, ed i Baroni fra loro, relative allo esercizio della così detta alta e bassa giustizia: da ciò ebbe origine quel dettato *toute justice vient du roi;* col quale si volle esprimere la definitiva vittoria dei Re sui Baroni, e non già emettere un pronunciato sull'antitesi fra i diritti del Re e i diritti della Nazione. Ma oggi tranne casi di una esagerata opinione di *autorità domestica* questo reato non s'incontra tanto facilmente fra noi. Un esempio ne vidi più di quaranta anni addietro in Lucca in una celebre causa dove brillò per la difesa lo ingegno del Carmignani: e finita con l'assoluzione. Ed un altro caso recentemente se ne volle trovare in Firenze nel celebre processo *Lattes* rife-

rito distesamente negli *Annali di giurisprudenza italiana I, 1, 2, 261*, e giudicato ai termini dell' art. 360 del codice Toscano, il quale (interessa avvertirlo) riunisce in un solo titolo la detenzione arbitraria ed il carcere privato.

§. 2865.

In quest' ultimo caso si pretende trovare decisa in senso rigoroso la questione dell' influsso che esercita il consenso della persona rinchiusa sulla imputabilità del fatto. La ragazza incatenata da *Lattes* a causa di temute infedeltà erasi essa medesima soggettata alla privazione temporaria della sua libertà. La Real Corte di Appello di Firenze, sezione di accusa, con decreto dell' 11 giugno 1867 aveva dichiarato non esser luogo a procedere, perchè (secondo la dottrina di Carmignani e di altri molti criminalisti) questo titolo esige per suo estremo il dissenso della persona rinchiusa. La Corte di Cassazione a cui quel decreto fu denunziato dal Procuratore Generale la cassò pronunciando l' invio a giudizio. Ma io non credo che per quest' ultimo decreto possa dirsi definitivamente sciolto neppure dalla nostra Corte Suprema il dubbio del consenso: perchè trovo che il decreto della Cassazione sentì il bisogno di dichiarare in fatto che la ragazza avendo consentito al proprio incatenamento per evitare i maggiori mali che le minacciava l' amante, il di lei consenso non era *libero* e perciò mancava di giuridica validità: osservazione giustissima (1).

(1) La questione del *consenso* si presentò recentemente in caso analogo alla Corte Suprema di Giustizia in Vienna nel

tema di lesioni personali. Trattavasi di un Conte che avendo sorpreso nella sua bandita un cacciatore recando seco la salvaggina uccisa, gli aveva proposto il dilemma o di lasciarsi tradurre alla giustizia per subire la pena del suo reato o di lasciarsi condurre al castello del proprietario per ivi ricevere 25 colpi di bastone che il proprietario stesso gli avrebbe fatto irrogare dai suoi servi. Colui scelse le bastonate e così fu fatto. Egli poscia si tenne occulto, ma risaputosi il fatto se ne impadronì il giornalismo e ne menò rumore; laonde ebbe origine un processo e fu spinto fino alla Suprema Corte Viennese. Questa con suo decreto del 9 luglio 1872 (riprodotto nella *Gazzetta dei Tribunali di Trieste anno 6, n. 18, pag. 125*) tenne buon conto di molte solide ragioni per eliminare altri titoli che si tentava adattare a quel fatto; ma rinviando il giudicabile per il titolo di lesioni leggerissime mostrò di non valutare (almeno come *dirimente*) il consenso dell' individuo che aveva chiesto di essere bastonato, e così subire piuttosto un male *ingiusto* anzichè esporsi al male che *giustamente* aveva meritato col suo trascorso. Questo giudicato già ricordai nella nota al §. 1681 per altra importante massima che stabilì in ordine agli estremi della detenzione arbitraria.

§. 2866.

Del resto in ordine alla questione del consenso io credo che si debba distinguere: e qui trova agli occhi miei ulteriore importanza la differenza fra *carcere privato proprio* e *detenzione arbitraria*. Quando si abbiano i termini di vero e proprio *carcere privato*, cioè detenzione inflitta di privato arbitrio *per punizione di un* fatto che dalle veglianti leggi è dichiarato *delitto*, oppure di un fatto che quantunque non dichiarato tale dalle veglianti leggi lo agente pretende nel suo privato giudizio elevarlo a *delitto*,

credo ancor io inefficace il consenso per quanto libero della vittima, e così ravviso troppo indefinita la dottrina del Carmignani. E la ragione è evidente: abbiamo in questi termini un delitto sociale, si è voluta usurpare l'autorità del magistrato, tanto se il fatto che si è voluto punire era dichiarato delitto dalla legge vegliante, la quale perciò ne aveva consegnato esclusivamente alla magistratura la punizione, quanto se si è voluta usurpare l'autorità del legislatore; e mentre questi non aveva ravvisato criminosità nel fatto, il cittadino privato opponendo il giudizio proprio al giudizio del legislatore ha pronunciato in sè stesso che doveva tenersi come delitto, e come tale irrogargli una pena. Ora nei reati sociali l'oggettivo prevalente è nella lesione del diritto universale, il diritto cioè che nessun fatto si dichiari reato nè si punisca come tale tranne dalle autorità alle quali compete la respettiva balìa; e la offesa a questo diritto universale sempre rimane, quantunque l'individuo rinchiuso non possa lamentarsi di offesa, per avere a ciò spontaneamente consentito. Ma la *detenzione arbitraria* è un delitto naturale; il suo oggettivo sta unicamente nella libertà dell'individuo che si è violata. Ora a senso di tutti i pubblicisti il diritto alla libertà personale è nell'uomo un diritto *alienabile,* di quella alienazione che dicesi nella scienza *modificativa:* tale alienazione potrà essere ritrattabile per pentimento, ma finchè il pentimento non sopravviene, essa ha effetti giuridici, e specialmente quello di esimere da ogni responsabilità criminosa colui che accetti a proprio vantaggio il contratto. Nella vera e propria detenzione arbitraria accetto la regola del Car-

mignani; non credo che la Cassazione l'abbia voluta contradire, e persisto nella massima che professai a §. 1674. Un giovine che tenga legata la sua druda affinchè non siagli infedele nelle ore della sua lontananza, non usurpa davvero una funzione che sia riserbata al magistrato, nè può farglisi rimprovero di non averne richiesto l'intervento; nè può certamente opporglisi di aver voluto censurare il legislatore e di aver sognato una legge che punisse di carcere le amanti capricciose ed infedeli: il procedere di costui è tutto ispirato dal desiderio di guarentirsi della fedeltà della donna: la detenzione non è l'ultimo *fine* dell'azione, ma è *mezzo* per procurarsi un bene privato; nel qual bene non potendo configurarsi un *lucro* non sorgono i termini del ricatto o della *estorsione*. Siamo pertanto in questa ed in consimile ipotesi nella semplice sfera di azioni private a fini privati che hanno per solo oggettivo i diritti dello individuo, e non è possibile al più sottile ingegno trovarvi l'ombra di reato sociale. E se tutto l'oggettivo del reato bisogna trovarlo nella libertà individuale indubitatamente modificabile per il consenso dell'individuo, tutte le volte che questo consenso sia intervenuto libero e pienamente spontaneo dovrà sparire il delitto. Chi vorrebbe punire come reo di tentata detenzione arbitraria il creditore che abbia costretto il mutuatario ad obbligarsi con l'arresto personale (1), dove non lo ammette la legge? Il giudice non darà esecuzione a questo contratto quando chi vi si astrinse abbia mutato consiglio e reclami la sua libertà, ma non potrà trovarvi delitto. Quel bizzarro ingegno del celebre Alfieri narra nella sua vita

come egli per vincere una sua passione amorosa si facesse legare dai servi sulla propria poltrona e colà dimorasse finchè non sentì spenta nell' animo la invisa fiamma: si sarebbero potuti condannare quei servi come colpevoli di detenzione arbitraria?

(1) La materia dell' arresto personale per debiti sebbene interessi il *pubblicista*, non appartiene al *criminalista* tranne nel caso eccezionale che il preteso *diritto* di arrestare il debitore siasi voluto esercitare di privata autorità dal creditore. In questa specialità di animo bisogna distinguere se realmente la legge civile vegliante avrebbe dato *diritto* al creditore di ottenere l' arresto per mandato di giudice. In questa ipotesi potrebbero trovarsi i caratteri del *carcere privato proprio*. Ma se la legge non accordava tale diritto, il titolo diviene problematico, e fluttua fra la *detenzione arbitraria* e il *ricatto*, ed offre una questione assai sottile e perplessa. Oggidì i governi di Europa sono venuti con nuove leggi modificando l' arresto personale per debiti. Vedasi la nuova legge di Francia nel Morio *art.* 8471. Anche qui il filosofo può osservare una delle tante contradizioni del presente secolo. Mentre si ostenta da un lato grande tenerezza per la libertà individuale proteggendo il debitore malizioso che defrauda il suo creditore per vistoso debito da lui contratto con coscienza di non poterlo pagare; dall' altro lato quella tenerezza si scorda prodigando barbaramente il carcere preventivo contro i più leggieri delitti. È destino della umanità di correre sempre attraverso le contradizioni; e così il *regresso* ed il *progresso* divengono spesso formule inintelligibili e mistiche.

§. 2867.

Tenuto fermo lo speciale criterio che delimita il carcere privato *proprio* dallo *improprio*, è manifesto

che quando la irrogazione del carcere per mano privata si commetta per un sentimento esorbitante dei poteri della domestica autorità, il fatto non ritrae esattamente i caratteri del reato che adesso accenniamo, ma è piuttosto una ragion fattasi che può guardarsi come qualificata dal modo. Altro infatti è che un privato si arroghi la funzione di giudice contro un estraneo che lo ha offeso, e pretenda infliggergli una settimana o un mese od un anno di prigionia, costituendosi così legislatore e giudice; altro è che per una orgogliosa tradizione di potestà patria o maritale o domenicale, per punire o correggere un suo sottoposto per qualche mancanza commessa trascenda i limiti del dovere. Sarà delitto anche in ciò (questo è chiaro) ma può dubitarsi se ricorra il vero titolo di carcere *privato proprio*, specialmente quando la legge positiva provvegga a questo reato con particolare severità.

§. 2868.

Per quanto attiene alle condizioni *materiali* di questo malefizio in ordine al modo scelto pel toglimento della libertà e la irrogazione della pena privata, vale qui ciò che accennammo in proposito della detenzione arbitraria; come pure si riproducono qui anche con più forte ragione le cause che eliminano la imputazione in ragione del buon fine (1) dell' agente. È poi evidente che questo reato si aggrava per le concomitanti di patimenti e sevizie inferite alla vittima, e per le conseguenti di effetti dannosi alla salute di lei.

(1) Generale e non contradetta è la dottrina dei pratici che la pena del privato carcere non s' incorra quando il rinchiudimento si fece a buon fine *non usurpandae jurisdictionis gratia:* la qual regola trovasi frequentissimamente applicata al caso di rinchiudimento di femmine, ed a favore non solo del padre, marito o fratello, ma anche di ogni altro consanguineo che a buon fine rinchiuda *consanguineas inhonestas et furorem uterinum patientes:* Antonino *variarum resolutionum lib.* 3, *resolut.* 43, *n.* 3 — Bertazzolo *consil. crimin.* 426 — Andreolo *controv.* 299 — Guazzino *de defensione reorum defensio* 5 *circa capturam, n.* 11 — Rolando a Valle *consil.* 12, *n.* 9, *vol.* 3. E a favore di chi rinchiuda un delinquente sorpreso in flagrante pel fine di consegnarlo alla giustizia: Brunnemann *in pandectos ad leg. ult. C. de exib. reor.* — Gail *observationum lib.* 1, *obs.* 54, *n.* 3 — Struvio *de vindicta privata th.* 42 — *l.* 23, *ff. ad leg. Jul. de adult.; l.* 56, §. 1, *ff. de furtis; l. congruit* 13, §. 1, *ff. de off. praesid.* Così mentre in Roma vigeva l' uso che il debitore potesse astringersi al carcere verso il creditore, non permettevasi a questo d' incarcerare il debitore, scaduto il termine, per autorità privata, dovendo egli impetrare l' opportuno mandato dal giudice; ma questa regola si limitava nel caso di debitore *fuggitivo: leg.* 1, *C. de privato carcere* — Berlichio *practicarum conclusionum pars* 2, *concl.* 27, *n.* 3 — Burckhardi Bardili *dissertatio de obligatione faciendi* §. 50, *pag.* 65 — Mollero *semestrium lib.* 2, *cap.* 35, *et* 36 — Strykio *dissertatio de carcere ad custodiam cap.* 2. Ad eccezione del caso del debitore fuggitivo dovevano però dal creditore, che volesse porre sotto la propria mano il debitore moroso, rigorosamente osservarsi le forme solenni; sulle quali è a vedersi lo interessante scritto recentemente pubblicato dal mio dotto collega prof. Francesco Buonamici sotto il titolo *legis actiones cap.* 39 *et* 43.

§. 2869.

Sotto il punto di vista del danno *mediato* già sappiamo che tutti i malefizi incontrano una aggravante dalla qualità di pubblico ufficiale nella persona del colpevole. E ciò bene a ragione, perchè da un lato la potenza della difesa privata procede in ragione inversa della potestà di nuocere della quale è investito il colpevole; e dall' altro lato il mal esempio procede in ragione diretta della dignità, della autorità, e posizione sociale del medesimo. Non vi è dunque motivo per cui l' aggravante desunta dalla qualità ed ufficio della persona non debba ammettersi anche nel privato carcere, e come regola generale bisogna accettare questo principio. Ma siccome la incarcerazione arbitraria di un cittadino può in molte combinazioni venire commessa al mezzo dello ufficio stesso, e della potestà pubblica che si esercita dal delinquente, così nel privato carcere avviene il fenomeno che la qualità personale dalla semplice condizione di concomitante accessoria passi ad essere una forza inerente alla forma speciale del malefizio: ed ecco che allora essa non è più un criterio misuratore del pristino titolo, ma opera una modificazione di titolo, e converte il reato di *privato carcere* in un *abuso di autorità*, aggravato dallo spoglio ingiusto e violento dell' altrui libertà (1).

(1) La *durata* della detenzione arbitraria entra evidentemente nei criterii misuratori desunti dal danno *immediato* (che si direbbero naturali) dei quali detti cenno nel paragrafo superiore. Ma non mancò chi pretese trovare nella

durata un criterio essenziale del *malefizio*. Il Prati (*Respons.* 7) sostenne che non fosse punibile la modica detenzione di poche ore, argomentando dalla *leg. unica C. de privat. carcer.* e da alcune Costituzioni Napoletane. Ma questa limitazione è comunemente rejetta, ed anzi si disputò se il delitto di carcere privato si consumasse col solo rinchiudimento nel carcere, o se invece si avesse in questo un conato, e per avere la consumazione fosse necessario che al rinchiudimento tenesse dietro una effettiva privazione della libertà almeno per tempo brevissimo: e s' insegnò che il reato si consumasse col solo rinchiudimento: Strykio *Disputationes vol.* 1, *disputat.* 3, *cap.* 1, *n.* 7.

§. 2870.

Nella penalità del privato carcere fluttuarono le antiche leggi, ora salendo agli apici del rigore (1) ora scendendo agli infimi della mitezza. Le legislazioni moderne si sono generalmente (2) tenute in un grado medio. Il codice Toscano all' art. 360 commina la casa di forza da tre a dodici anni, e nei casi *più leggieri* la carcere da sei mesi a tre anni. Ed io penso che caso leggero sia sempre il carcere privato *improprio* dove manca la usurpazione della autorità giudiziaria. Il codice Sardo all' art. 199 commina la carcere non minore di un anno, e nei casi più gravi sale alla reclusione.

(1) Il delitto di carcere privato si punì un tempo con lo estremo supplizio in ossequio alla *leg.* 1 *C. de privatis carceribus:* Fabro *in C. lib.* 9, *tit.* 5, *nota* 4, *pag.* 1060 — Eckoldo *compendiaria pag.* 1301. Ma la pratica abbandonò affatto tale rigore e vi sostituì pene arbitrarie: Claro *practica* §. *fin. quaest.* 68 — Struvio *syntagma juris*

civilis exerc. 49, *thes.* 15 — Carpzovio *praxis pars* 1, *quaest.* 41, *n.* 129 — Van Leuwen *censura forensis pars* 1, *lib.* 5, *cap.* 4, *n.* 3 — Strykio *disputationes vol.* 1, *disput.* 4, *cap.* 1, *n.* 8 — Groeneweghen *de legibus abrogatis lib.* 9, *tit.* 5. Deve però avvertirsi che i moderni interpetri opinano non essersi mantenuto neppure nel giure romano il rigore dell' ultimo supplizio contro il carcere privato, ed essersi invece accolto lo estremo opposto della pena del taglione, comminando altrettanti giorni di carcere allo incarcerante quanti egli ne aveva fatti subire alla sua vittima. E ciò lo argomentano da una Costituzione Greca esistente nelle Basiliche (*lib.* 60, *tit.* 55) che trovasi riportata per estratto in calce al titolo *de privatis carceribus inhibendis* nella edizione del Freiesleben, la quale secondo loro avrebbe affatto abolito la severità di Zenone verso questo reato: Bergero *resolutiones Lauterbachianae pag.* 722.

(2) La *costituzione Teresiana* minacciava la pena di morte: Bannizza *lib.* 2, *cap.* 14, §. 440. Il codice Austriaco (§. 93, cas. 9) minaccia sei mesi di carcere fino a cinque anni di carcere duro; il Francese (art. 341) i lavori forzati a tempo e nei casi più gravi a perpetuità: il codice Spagnuolo (art. 406) la prigione correzionale e nei casi più gravi la reclusione temporanea: il Portoghese (art. 330 e segg.) la pena della prigione correzionale da un mese ad un anno, da elevarsi anche ai lavori forzati a tempo: lo Svedese (cap. 15, §. 9) sei anni di lavori forzati e nei casi più leggieri il carcere: il Vodese (art. 252) la reclusione fino a dieci anni.

Titolo III.

Duello.

§. 2871.

Il *duello* (1) si definisce — *un combattimento fra due o più persone concertato con determinazione precedente di armi, di luogo, e di tempo, al fine di procurare riparazione di onore.* Il precedente accordo (anche per intervallo brevissimo) fra i combattenti circa il luogo, le armi ed il tempo della pugna, è ciò che forma il carattere essenziale del *duello* e lo distingue dalla rissa e dalla aggressione. È *rissa* quando due o più si avvicendano o si minacciano violenze per impulso subitaneo di reciproco sdegno: è *aggressione* quando da un lato si assale ad offesa e dall' altro non si reagisce ugualmente ad offesa: quando l' aggredito venga (anch' egli stanco dell' inerte patire) a volgere le proprie forze in offesa dello aggressore, l' *aggressione* degenera in *rissa.* Ma lo specialissimo distintivo del *duello* è tutto in un concetto ideologico. L' aggressore costringe il nemico a rissare mediante *coazione fisica:* lo sfidatore invece costringe lo sfidato a battersi seco mediante *coazione morale.* Lo sfidatore intende di avere un *diritto,* di esigere dall' altro che si batta con lui a duello: lo sfidato crede che gli corra un dovere di obbedire alla sfida al quale mancando egli incorra in un disonore. Il carattere tipico del duello consiste in queste due opinioni, figlie entrambo di un pregiudizio sociale.

(1) Bibliografia — Bocero *de bello et duello* — Cothmann *consilia lib.* 5, *consil.* 2 — Prati *respons.* 40 — Chemnitz *de duellorum origine et progressu, Vittemberga* 1717 — Bünemann *de veris duellorum limitibus, Halae* 1736 — Beyland *de duellorum varii generis moralitate, Lipsia* 1671 — Boehmero *exercitationes vol.* 2, *pag.* 5 — Hertius *responsa lib.* 3, *consil.* 373 — Caldero *decisiones Cathalauiae decis.* 84 *et seqq. usque ad* 88 — Boulenc *repetitio in l. capitolium ff. de poenis, n.* 173 *et seqq.:* nel Limpio *repetitionum vol.* 6, *pag.* 476 — Ubelin *de duello sive monomachia* — Ludovico *decisiones luceuses decis.* 11, *per tot.* — Rovito *commentaria in Pragmaticas Regni Napolitani pag.* 207 — Larrea *allegat.* 116 *et* 117 *per tot.* — Peregrino *tractatus de duello* — Hurgronje *dissertatio, de singulari certamine* — Van Walchren *quaestiones juris, quaest.* 2 *an lex de duello in civitate sit costituendo, Trajecti* 1847, *pag.* 19 — Schulz *de causis poenarum certaminis* — Boeresco *délits et peines, cap.* 8, *pag.* 278 — Melchiori *miscellanee volgari cap.* 43, *n.* 1, 7, 14 *e segg.* — Burgers *singularium observationum cent.* 2, *observ.* 79 — Pacecho *estudios de derecho penal, leccion* 8 *y* 9, *pag.* 94 *a* 108 — Emmingaus *jus susatense art.* 117, *pag.* 144 — Van-deer-Wyck *de duellis extrajudicialibus* — Minckwitz *de duello* — Schik *dissert. qua lege praestet vindicare certamen singulare* — Kleinhempel *dissert. de duellis secundum mores antiq. Germ. proeside* Wiesand — Wichers Quintus *diss. de duello* — Mellingen *the hystory of duelling, Lond.* 1821 — Franck *philosophie du droit pénal part.* 2, *chap.* 3, *pag.* 148 — Ellero *dissertazione sul duello* — Pisanelli *del duello* — Brusa *dissertazione sul duello* — *Annali di Tolosa anno* 1864, *pag.* 259: o la *dissertazione* di Brochochy inserita negli *Annali* medesimi *anno* 1863, *pag.* 110; interessante da *pag.* 139 in giù — Valette *rapport sur le duel* — Molinier *examen du*

duel, Toulouse 1861 — Martinez *ensayo sobra el duelo, Madrid* 1847 — *Revue Wolowsehi ann. III, VII, XI, XII, XXII, XXXV* — Pujos *sur la repression du duel* — Lavallè *de la repression du duel en Belgique* — Bossange *des crimes et des peines capitales chap.* 19, *pag.* 273 — Charpentier *Dupin et la question du duel* — Chatauvillard *code du duel* — Flandein *du duel et du choix des armes:* nella *Revue Critique vol.* 22, *pag.* 168 — Lorenzini *analisi del duello in generale* — Berner *Lehrbuch* §. 214, *ediz.* 3 — Boeresco *traité comparatif des delits et des peines chap.* 8, *pag.* 278 *et suiv.* — Tolomei *diritto penale e filosofico austriaco* §. 569, *not.* — Pellegrini Clemente *considerazioni sul duello.*

§. 2872.

Il *duello* combattuto per privata cagione presenta sotto il punto di vista storico specialità importanti. Ignoto ai greci, ed ai latini (1) e in generale ai popoli appo i quali fu dominatore della consociazione il principio della supremazia dello Stato, fu accolto invece appo tutti quei popoli nel governo dei quali l'individualismo prevaleva al socialismo. Si conobbero i duelli per pubblica cagione; e le sacre pagine, e Omero, e i primi ricordi di Roma (2) ne tramandarono esempi: mai se ne vide la consuetudine per causa privata; e Tito Livio nota come uso singolare di una tribù delle Spagne la costumanza di battersi per privata soddisfazione. Ma con la invasione dei popoli nordici il costume del duello per causa privata propagossi in tutta Europa, e vi mise profonde radici, che tuttora rimangono.

(1) Questo fatto notabile del mondo diviso in due grandi categorie, l'una duellante con pertinacia e con fanatismo, l'altra non duellante, deve avere le sue origini in un'alta cagione positiva. Quando la scuola nascente che preconizza una scienza novella intitolata *psicologia delle Nazionalità* procedente alla ricerca del principio dominatore della legge morale appo i singoli popoli che furono e sono, abbia compiuto la sua elaborazione, ed eretto la propria cattedra sulla rovina di quella di Vico, di Tomasio, e di Bacone, a lei spetterà darci spiegazione di questo ed altri consimili fenomeni storici. Fatto è che Temistocle ed Euribiade si ricambiavano invettive e percosse, ma non si sfidavano. Milone e Clodio s' insidiavano a vicenda la vita; Cicerone ed Antonio si facevano guerra mortale, ma non eravi neppur sospetto di un duello per personale cagione; nè per contumelie per quanto atrocissime, nè per talami violati, nè per figlie contaminate. Per quanto noi siamo profani a certe novelle dottrine, che stanno tuttora quasi arcano embrione nelle menti acute degli alemanni, ci sia permesso di dire che non persuade la tesi dello Jhering il quale nel suo *spirito del diritto romano* appone ai romani come cardine dominatore dei loro ordini morali l' *egoismo*. L' egoismo spinge naturalmente ai duelli, perchè dà allo individuo la opinione della propria prevalenza sul giudice e sul legislatore. Tutto all' opposto i romani oserei dire che offrono come carattere dominante del loro ordine morale *il rispetto al principio di autorità*, che assunse a proprio emblema come in Grecia l' amor della patria. È questa la idea dominatrice che si rivela nei più notevoli fatti della loro storia: così quando assolvono dalla pena il vincitore che uccide la propria sorella per essere nata donna, ed avere amato più l' utero suo che la patria; come quando consegnano a morte il duce vincitore per aver vinto disobbedendo al suo generale; come in altre mille occasioni. Entusiasti i romani della libertà questa cercarono in certi privilegi del cittadino romano, nel diritto di elezione agli uffici e nella temporaneità degli ufficii. Eletto l' ufficiale

e durante l'ufficio questo aveva in Roma tali poteri che altrove non incontrano uguali. Non solo trovasi difficilmente lo esempio di un'altra Nazione che abbia dato forza di legge al responso di un giureconsulto; ma più difficilmente ancora lo esempio di magistrati forniti della balìa di fare a sè stessi le leggi. Non solo in momenti eccezionali il celebre *videant consules* conferiva a questi reggitori una vera dittatura, ma abitualmente il pretore allo assumere dello ufficio proprio dettava ogni anno il suo editto che era la legge secondo la quale egli intendeva amministrare giustizia: e per quanto i pretori dovessero in tali editti rispettare le leggi promulgate nella loro esteriorità; tutti però sappiamo che nella sostanza le rinnovavano. E tali editti si rispettavano con cieca obbedienza da quei fieri romani, e i giureconsulti scrivevano tosto per commentarli; non per censurarli o combatterli come oggidì si farebbe; e poi si raccoglievano in corpo e si compendiavano, e si perpetuavano; sicchè nel fondo della verità la legislazione vivente ed effettiva più che nella prima legge serbata come un nome quasi Giove in Olimpo, era a cercarsi piuttosto nei responsi e negli editti. Ciò niente altro mostra tranne appunto il pensiero dominante in quel popolo di tenere alta l'autorità dei loro ufficiali. Ora siccome il duello ha precisamente la sua genesi ed il suo carattere costitutivo in un egoismo che fa parere allo individuo indegna cosa soggettare il giudizio dei propri torti ad un giudice, e chiederne la riparazione ad altri che a sè medesimo, parmi che bene si spieghi il perchè certi popoli appo i quali gli uomini di toga o non esistevano, o erano guardati come inferiori dagli uomini di spada, amassero con fanatismo il duello: e perchè all'opposto non si pensasse al duello dai romani appo i quali può dirsi che il *cedant arma togae* esprimesse la consuetudine della vita. Noi non vogliamo portar qui severo giudizio sopra libri profondamente meditati, nè porre il piede profano nel campo della filosofia della storia: diciamo solo che a farci respingere la dottrina la quale vorrebbe trovare nello egoismo il cardine della morale romana

ci sembra bastevole questo fatto che i romani non usarono duello.

(2) Aiciato *de singulari certamine* — Thomasius *dissert. de duellorum varii generis moralitate* — Gebauer *exercit. academ. exerc.* 3, *cap.* 6 *et seqq.*

§. 2873.

Nella sua prima epoca il duello procede non dirò inosservato e tollerato dalle leggi, ma anzi protetto e permesso. Non solo ei si pugna fra i cittadini ad ogni privata querela, ma si infiltra nelle leggi stesse, che ne fanno oggetto di esplicite protezioni (1); si accetta come forma di procedura ne' giudizi criminali e civili, od anche negli ecclesiastici. La viva fede religiosa insinua la idea che il Dio degli eserciti protegga vigile la verità ad ogni desiderio degli uomini: e da lato ai giudizi di Dio, agli esperimenti dell' acqua e del fuoco, si predilige dai popoli guerrieri il singolare certame fra accusatore ed accusato, attore e reo convenuto, come mezzo di decidere da quale dei due lati stia la ragione. Il giudice non calcola, non indaga fatti, nè documenti. Egli non sopravvede che al rito militare affinchè il combattimento corra leale e regolare nelle forme; e ne proclama l' esito aggiudicando il buon diritto al vincitore. La fede religiosa è il velo col quale cotesto modo di ragionare si manifesta agli occhi del volgo: ma in sostanza nel suo concetto jeratico esso è la deificazione della forza. Quindi le genti armigere aderiscono tenaci a cotesto metodo di giudizio: esse sdegnano sottoporre le loro ragioni all' imbelle consiglio di uomini to-

gati: non accettano altro giudice che la loro spada. Il sacerdote, la donna, chiunque è disadatto al maneggio dell' arme si sceglie un campione al quale Dio deve dar forza di sostenere la innocenza e il buon diritto; purchè sia sempre la spada il supremo arbitro di ogni contesa (2). Se bene si considera questo stato di cose è forza concordare che il duello giudiciario fu pei suoi tempi un progresso: perchè così vennero regolate e vigilate le singolari battaglie, che altrimenti degeneravano in assassinii.

(1) Kleiohempel *de duellis, Vitebergae* 1781, *cap.* 4. Il duello giudiciario non ebbe un tramonto contemporaneo nelle varie contrade di Europa. Dove scomparve più presto, dove più tardi; secondo la respettiva civiltà delle genti. In Russia trovasi espressamente sanzionato nel codice di Iwan Wassilivitch promulgato in Mosca il 1497, ove si designarono le armi speciali con le quali doveva farsi il combattimento: Zezas *études sur la législation russe pag.* 85. Questo codice era rimasto per molto tempo smarrito; e fu trovato nel 1817 dal Conte Roumianzoff che lo pubblicò nel 1819. Sulla storia del duello giudiciario e delle sue forme ai tempi feudali può consultarsi Collin de Plancy *dictionnaire féodal, mot Jugements; vol.* 2, *pag.* 18, *edit.* 1820.

(2) Meyer *istituzioni giudiciarie lib.* 2, *cap.* 7.

§. 2874.

Ma i tempi dell' apogeo del duello tramontarono in faccia alla voce della religione, ed alla luce della civiltà cristiana. Nel suo secondo periodo il duello videsi bandito a poco a poco dai tribunali come metodo di procedura, per far luogo ai giudizi se-

condo ragione, dettati al seguito di regolari verificazioni e di calcolo di prove. Durante questa progressiva decadenza dal grado di forma procedurale che si consumò nei tre secoli (1) decorsi da san Luigi a Carlo IX (1566) egli si mantenne se non permesso almeno tollerato di fatto come mezzo di definire privatamente le private querele. Sebbene la Chiesa tuonasse apertamente i suoi anatemi contro i duellisti, le autorità civili non repressero che debolmente i duelli, ora subordinandoli al permesso del Re, ora restringendoli a certe condizioni (2): e sempre nel fatto lasciando inosservati i divieti e le penalità minacciate, perchè la forza del pregiudizio vincea tuttora la ragione, e rendeva non solo impotenti le leggi, ma timidi li stessi legislatori; ed esitanti persino i dottori (3). In questo secondo periodo aveva per altro il duello perduto ogni carattere di forma procedurale, ed aveva nettamente assunto i colori di guerra privata.

(1) Cauchy *du duel, vol.* 1, *pag.* 51 *et suiv.*

(2) Fra gli antichi fuvvi una scuola che la legittimità od illegittimità del duello faceva dipendere dalla natura speciale della *causa* per cui si procedeva alla sfida; dichiarandolo lecito per certi motivi: illecito se per altri motivi si fosse combattuto. Così Chassaneo *(in consuetud. cons.* 38, *concl.* 48) il Puteo *(de re militari lib.* 6, *quaest. an ratione insigniorum possit procedi ad pugnam)* e il Ferreto *(de duellis n.* 56) sostennero che fosse lecito provare con un duello la pertinenza di uno stemma o di una insegna di famiglia: ma il contrario insegnò Koeping *(de jure insignium cap.* 2, §. 12, *memb.* 3, *n.* 1094) dichiarando essere il duello *omni jure prohibitum* per qualunque cagione.

(3) Questa esitazione non cessò mai del tutto. Il gesuita Sadler confessore del Duca di Baviera, nel suo trattato *de duello* pubblicato con permesso del provinciale dell' ordine il 24 ottobre 1650, ammise che potesse essere *lecito* talvolta il duello a certe condizioni che egli enumera ed esorna al *cap.* 6 da *pag.* 227 *a* 280, fra le quali la denegata giustizia, procedendo nella ipotesi di uno Stato male ordinato. Più modernamente i pubblicisti videro nei duelli un così grave disordine sociale che noverarono fra i peccati dei Principi la tolleranza dei medesimi. Vedasi Fritschio *dissertatio de Principe peccante, conclus.* 29 — Neumann *de delictis et poenis Principum, lib.* 1, *tit.* 2, §. 24, *pag.* 25.

§. 2875.

Ma dopo Carlo IX, e specialmente ad incoraggiamento della Chiesa (1), i legislatori presero a combattere di fronte il duello, dichiarandogli una guerra a tutta oltranza, che durò per tutto il secolo decimottavo. In questo terzo periodo il duello perseguitato con accanito e spesso esorbitante furore dalle leggi più rigorose nei vari reami di Europa (2) fornì prova novella della impotenza del magistero penale e della atrocità dei supplizi. Mentre Richelieu e Mazarino dettavano ordinanze severissime contro i duellisti, i paggi reali si battevano nei giardini stessi del regio palazzo e sotto i balconi del Re per la più lieve cagione. Era prova naturalmente di coraggio sfidare la pena e la stessa infamia, stoltamente minacciata ai duellisti, per coloro che davano prova di coraggio sfidando il ferro dell' avversario (3). Invano si crearono tribunali speciali: invano si piegò tutta la energia dell' autorità. Egli è ben logico che chi non ricusa di battersi per sospetto

di parer vile temendo la morte, sdegni per pari ragione di sembrare vile temendo la pena. Sicchè la legge penale non è che un pretesto per chi non ami di battersi o per debolezza di animo o per sentimento di religione: ma per chi non è trattenuto da cotesti freni la legge penale è stata e sarà sempre impotente in faccia alla smania di duellare, divenuta vera mania (4). Luigi XIV, Luigi XV e Luigi XVI alla loro incoronazione prestarono giuramento di mai far grazia ai duellisti, odiati peggio che gli assassini. Si dichiarò imprescrittibile questo reato, e forse nella sua persecuzione le gelosie politiche contro le giurisdizioni Baronali, e l'odio dei Baroni contro gli uomini di toga ebbero potenza speciale. In Francia l'editto del 18 settembre 1634 puniva della forca anche gli spettatori curiosi. E i rigori dei Re di Francia si riproducevano nelle Spagne per gli editti di Filippo V (3 maggio 1716) e dei Sovrani di tutti gli Stati di Europa: ma ovunque senza frutto (5).

(1) Gli anatemi della Chiesa contro il duello incominciano dal Concilio di Valenza dell' 855; indi attraverso altri concili ed alle bolle speciali di Nicola I, di Celestino III, di Alessandro III, e di altri pontefici, si mantengono fino al Concilio di Trento: *sess.* 25, *cap.* 19.

(2) La Costituzione Criminale Carolina tacque affatto dei duelli, come pure la Costituzione Elettorale Sassonica. Esistono peraltro anche nella Germania diversi mandamenti e leggi speciali contro il duello, che si trovano indicate nella dissertazione *de duellis secundum mores germanorum antiquos eorumque jura novissima*, che da taluno viene attribuita a Wiesand, da altri a Wiesand e Kleinhempel, ma che in realtà deve correre sotto il nome di que-

st' ultimo perchè è il rispondente. Berner *(lehrbuch pag.* 492, 3. *ediz.)* ricorda un editto del 30 luglio 1668 che dettava contro i duellanti e loro complici le più severe sanzioni, che l' illustre professore chiama a ragione insensate. Le ordinanze di Francia contro il duello si trovano raccolte in Rousseaud de la Combe *matières criminelles pag.* 91. Le speciali disposizioni dei Mandamenti Sassonici del 2 luglio 1712, del 18 febbrajo 1721, del 1 luglio 1737 si ricordano da Puttmann *Elementa juris criminalis* §. 390 *et seqq.* Van Leuwen *(censura forensis pars* 1, *cap.* 31, *n.* 8) riporta un Placito promulgato in Olanda il 20 marzo 1657, contro il duello, il quale per la sua mitezza fa singolare contrasto con la severità spiegata contemporaneamente in altre regioni. Meinders *(De judiciis centenariis pag.* 141, *et seqq.)* trova nella tolleranza che ebbero gli antichi popoli della Germania per il duello la ragione per cui presso quelle genti non si minacciasse mai contro l' omicidio la pena di morte, ma soltanto *una composizione* coi parenti dell' ucciso. Dove si erigeva in diritto la vendetta privata non poteva essere diversamente.

(3) Cauchy *du duel vol.* 1, *pag.* 119 *ad* 239.

(4) L' Estoile narra che in Francia più di 8000 gentiluomini perirono in duello nel corso di 18 anni.

(5) A mostrare lo studio con cui si rovistò tutto l' armamentario penale contro i duelli, è notabile una ordinanza che infligge contro i duellanti il taglio dei loro boschi a profitto del Re. Così speculossi persino sull' amore che i Baroni avevano specialissimo pei loro parchi, e per le loro cacce.

§. 2876.

Ma nel secolo presente, per quel movimento di spiriti che i francesi dicono *effetto* della rivoluzione di Francia, ma che fu invece la *causa* di questa e delle altre rivoluzioni europee dei tempi nostri; per

quel movimento di spiriti che tutte le parti del diritto sottopose a sindacato ed esame, rinnegando il domma delle leggi scritte per sostituirvi i dommi meno appassionati della ragione, il duello entrò in un quarto periodo. Periodo di più miti ed ordinati pensieri. Periodo di esame e di discussione giuridica e politica. Si tornò allora a cercare se il duello fosse delitto (1): se fosse conveniente punirlo come tale; e quale ne fosse il vero carattere giuridico.

(1) La confutazione degli argomenti coi quali si tenta stabilire la non punibilità del duello, si è testè riassunta maestrevolmente dall' avv. Clemente Pellegrini veneto, in due suoi discorsi che hanno per titolo, *Considerazioni sulla razionalità e punibilità del duello, Venezia* 1868.

§. 2877.

Bentham audacemente, secondo il suo stile, lanciò l' asserzione che il *duello* non fosse delitto neppure dove ne fosse avvenuto omicidio, purchè lealmente pugnato: e su questo terreno si impegnò vivamente la disputa (1). La *monomachia* parve al Bentham non potersi imputare a delitto per motivi *giuridici*, e precisamente perchè, diceva egli (seguitato poscia da Welcher (2) e da altri) non può concepirsi ingiuria nel *consenziente*.

(1) Molinier *du duel* (1861) — Hurgronje *de singulari certamine* (1801) — Valette *du duel* (1858) — Martinez *ensayo sobra el duelo* (1847) — Pacecho *estudios de derecho penal leccion* 9 — Schulz *de ratione poenarum singularis certaminis* (1856).

(2) Welcher nel 1818 tentò sostenere la non-punibilità del duello sopra il diritto romano, male interpetrando la *leg.* 7, §. 4, *ff. ad leg. Aquiliam,* che permette il pugilato e la lotta; e la *leg.* 9, §. 7, *de peculio,* che sembra permettere il suicidio.

§. 2878.

Altri elogiarono il duello come tutela del buon costume, come educatore del popolo, come eccitatore a fortificare il sentimento del dovere, e come necessario moderatore di certi abusi in certe condizioni sociali: onde si volle insistere che fosse *impolitica* la proibizione assoluta del medesimo: ed è noto il calore col quale il sommo dotto del secolo, il Barone Cuvier, nel 1832 tenacemente si oppose alla proposta di legge contro i duelli. Nè mancano anche ai dì nostri insigni giuristi, come il Martinez, i quali per coteste politiche considerazioni consigliuo una *tolleranza ordinata* dei duelli. Rilevò il Pacecho che il divieto assoluto mostrasi ormai dalla esperienza effimero e vano in faccia al torrente della opinione che spinge a non ricusare una sfida: onde in tale frangente la legge deve abbandonare una resistenza inutile; ed occuparsi piuttosto di prevenire le più tristi conseguenze del disordine, che non ha potestà di repellere interamente. Anzi il Martinez (1) con acuta osservazione avverte che il sopruso nel duello è tutto proprio di quello che pugnisi con arme bianca, nel quale l'esperto schermitore non ha niente a temere per sè: ma non è altrettanto nel duello a pistola nel quale anche il migliore tiratore rischia pur sempre la vita, per la

possibilità di essere prevenuto dalla palla dell' avversario.

(1) Martinez, dopo avere mostrato che il duello in un suo periodo fu testimonianza di suprema fede religiosa, ed in un altro fu un progresso per impedire gli assassinii con lo interdire (come fece il Fuero di Castiglia *ley.* 1, *lib.* 1, *tit.* 5) che alcun gentiluomo aggredisse l' altro senza prima averlo sfidato, passa a sostenere che per la invenzione della polvere pirica, il duello cambiò natura: prima era prova di forza *fisica,* poscia divenne prova di forza *morale.* La spada (dice egli) è l' arme del vile perchè lo spadaccino sa di non correre pericolo alcuno conoscendo la superiorità della propria forza, e della propria destrezza. Il vero coraggio si mostra nel duello a pistola. Ma il consigliere Martinelli nelle sue *osservazioni sulla legislazione italiana* andò nel pensiero opposto sostenendo dovere essere più inviso alla legge il duello con arme a fuoco, che non quello con arme bianca. A me piace meglio la opinione del giurista spagnuolo, perchè quando è intervenuto omicidio, questo si può con certezza considerare come più *volontario* se operato con arme bianca, sempre più o meno diretta dalla mano e guidata dall' occhio, che non quando è prodotto da una palla troppe volte guidata dal caso: e mi piace ancora perchè si rannoda con una grande verità storica. La provvidenza che ha destinato la umanità ad uno indefinito progresso lancia di tratto in tratto sulla terra una grande scoperta quando nei suoi arcani disegni vede la umanità matura per approfittarne a correre innanzi nelle vie della civiltà. La sapienza era il monopolio di pochi che ne abusavano per mantenere le miriadi nella ignoranza: all' ora prefissa Dio mandò la invenzione della stampa che democratizzò la scienza e distrusse il monopolio. L' abilità di pochi scherani nel maneggio delle armi dava balìa ai tiranni di opprimere le moltitudini inermi, inesperte, ed impotenti a resistere a quegli uomini cinti di ferro:

Dio all' ora prefissa mandò la invenzione della polvere pirica che fu potente equilibrio di forze e strumento alla emancipazione dei popoli. Così ai nostri giorni la invenzione dei vapori e dei telegrafi è comparsa sulla terra all' ora destinata per promuovere la fratellanza universale delle genti. La umanità ignara sempre dello avvenire che si cela nelle alte vedute provvidenziali, profitta di mano in mano delle scoperte destinate al periodo in cui vive, e si fa cieco strumento di quel progresso al quale essa è destinata, e compie lentamente la propria missione. Sotto un punto di vista generale (si pensi come piace intorno al duello) è incontrastabile che la polvere pirica ha esercitato sulla terra una grande potenza emancipatrice dalla tirannia della forza fisica, come la stampa ha esercitato una grande potenza emancipatrice dal monopolio della sapienza: e l' una e l' altra hanno demolito le tirannidi delle caste. Le aspirazioni istintivamente scolpite nel cuore dell' uomo verso la libertà, verso la eguaglianza, verso la fraternità umanitaria, hanno usufruito, usufruiscono, ed usufruiranno nelle generazioni che si succedono lo strumento che è stato gettato innanzi a loro dalla sapienza suprema.

§. 2879.

Su questa linea d' idee la materia del duello passò in certa guisa sotto la mano delle scienze economiche. Convinti i filosofi della inutilità del sistema repressivo volsero gli studi alla ricerca di metodi *preventivi*. E qui si divisero nuovamente. Alcuni opinarono che *mantenuta* la proibizione del duello si dovesse rafforzare la efficacia del timore della pena col supplemento di altre riparazioni all' onore oltraggiato. Di qui una scuola che dimenticando i criterii fondamentali della quantità dei delitti, pretese che l' odio contro i duellisti dovesse sfogarsi

col punire più severamente gli ingiuriatori. Utopia antigiuridica (1) iniqua, ed inetta, ove altro non fosse, perchè dimentica cagionarsi spesso i duelli da offese che non sono punibili dai tribunali non offerendo elemento di criminosità (2).

(1) Gioja, Bentham, Mori e Barnave trovarono il farmaco contro i duelli nella esasperazione delle pene contro gl' insulti: Maffei corse sulla stessa linea aggiungendo che le ingiurie dei plebei contro i nobili dovevano severissimamente punirsi. Bene ha mostrato Pellegrini (*op. cit. pag.* 106) che punire più severamente un delitto per prevenirne un altro è radicalmente ingiusto; oltre ad essere un mezzo *politicamente* inetto, non ricorrendosi al duello perchè si stimino miti le pene contro l' insulto, ma perchè non si riconosce competere allo Stato la riparazione della offesa, e lo dimostra alla evidenza con la storia. Ma io vorrei aggiungere che i duelli si fanno ancora spessissimo perchè vuolsi soddisfazione di ingiurie che ardentemente si brama tenere occulte, alla qual brama avversa la pubblicità di un giudizio penale: cosicchè in questo punto di vista potrebbe acquistare credito il pensiero di Bosellini, da me altra volta ricordato e non accettato, che i giudizii per ingiuria dovessero tenersi in privato, se fosse oggi possibile che giudizio *privato* e *segreto* si rendessero sinonimi. Il Pellegrini però concorda meco che le penalità della ingiuria devono elevarsi per ragioni *intrinseche* e non già per lo empirismo di una problematica prevenzione, e osserva di più che a prevenire i duelli può essere utilissimo lo aprire libero campo a provare utilmente la *verità* del convicio, perchè allora lo sfidare chi ci ha ingiuriato assume il carattere di un abuso di forza eccitato dalla coscienza di avere meritato la ingiuria e diretto ad impedirne la prova. L' esimio professore Holtzendorff vede un mezzo di prevenire i duelli nella ripristinazione dell' accusa popolare contro tutti

i delitti concessa ad ogni cittadino anche non offeso dal delitto; perchè con ciò si nobilita l' ufficio di querelante, e si sradica il pregiudizio che sia vergogna denunziare un reato. Ma sarebbe vano conato riandare quanto è stato detto su questo argomento. Il duello sarebbe per sè solo materia di un intero volume, ed io qui non posso che correrlo rapidamente.

(2) Ad occasione di questa mia osservazione lo esimio professore Giovanni De Gioannis Gianquinto, mio buon amico, e riverito Collega, con un suo biglietto dell' 8 aprile 1869 mi opponeva un dubbio intorno al concetto radicale del delitto di duello. Dubitava cioè che il fatto innegabile di molti duelli combattuti per lavare onte non perseguitabili dalla giustizia portasse repugnanza a contemplare il duello come reato contro la giustizia pubblica. Mi permetto di trascrivere letteralmente le sue parole — *Nel sistema di questo criterio* (di reato contro la pubblica giustizia) *mi pare si debba supporre che in ogni caso, od almeno nel maggior numero dei casi, siavi facoltà di denunciare, e possibilità di giudizio di Magistrati. Altramente non si può logicamente concepire la idea di usurpazione della giustizia pubblica: nè vedo come posso dirsi al provocatore, tu hai preferito il giudizio delle armi a quello del Magistrato. Or ciò non può conciliarsi con la osservazione da lei fatta alla fine del* §. 2879, *ove dice che spessissimo i duelli sono eccitati da cause, che non potrebbero dar materia ad una denuncia o ad una condanna, come una mentita, un atto di spregio, una rivalità, un semplice dissidio di opinioni. Sappongasi il caso di duello avvenuto in Francia tra il Conte Filippo de Segar, ed il Generale Gourgaud. Questi sfidò al duello il Segur perchè nella sua istoria della compagna di Moscovia non trattò assai bene la gloria del suo Generale: un giudicio storico deciso a colpi di spada!! Come puoi tu allora imputare al duellista, volesti meglio batterti che denunciare al Magistrato? Non vi sarà usurpazione di giustizia sociale, ma vi sarà sempre offesa alla persona. Non sarebbe assurdo*

carotterizzare offeso alla persona anche la sola sfida, il solo battersi; perchè codesti sono atti che direttamente e prossimamente referisconsi alla lesione della persona; e da essa ritraggano la criminalità, come si discorre in tutti i casi di canata; il convegno per sè stessa è criminoso e lesivo della persona per il sua aggetta: si pattuisce di battersi per uccidere, o per essere ucciso, per ferire od esser ferito; cose tutte che non sono di nostro potere, perchè ledono la persona umana, e offendono ad un tempo la morale e l' ordine pubblico. È la stessa logica del sistema che non vede nel duello che una usurpazione della pubblica giustizia. Questo sistema dice usurpazione di giustizia anca la semplice sfida accettata, perchè sebbene di fatta non sia tuttora seguita il giudizia delle armi, in che veramente si attua la usurpazione dell' azione sociale, pure la convenzione stessa vi si dirige immediatamente. Non è dunque maggiormente assurda il dire che la convenzione di duella sia offesa della persona, perchè ad essa s' indirizza, che sia usurpazione della giustizia sociale, perchè la convenzione a tale usurpazione si dirige.

Ringrazio lo illustre Collega dell' onore che fa ai miei poveri scritti occupandosene in siffatta guisa, e della cortesia di comunicarmi le sue osservazioni: ma la obiezione non mi rimuove dalla opinione mia. Chi sfida al duello per un oltraggio che non è dichiarato delitta dalla legge o che dalla legge è dichiarato impunibile, si eleva al di sopra del giudizio della giustizia pubblica. Il giudice a cui ricarresse gli direbbe che quel fatto non merita pena: egli invece dice a sè stesso, *io lo voglio punito e lo punirò da me a dispetta della giustizia pubblica che qui mi nega il sua braccio.* Tanta si pone al di sopra della giustizia pubblica chi vuole irrogaro una pena al suo offensore perchè non gli pare sufficiente la pena che infliggerebbe il giudice, quanto calui che vuol punire da sè il suo offensore perchè la giustizia pubblica lo vuole impunito. Io non veggo difficoltà. È sempre

una giustizia *privatamente esercitata*, un abuso di forza privata. L' uno si sostituisce al giudice ed al legislatore che punirebbero poco; l' altro si sostituisce al giudice ed al legislatore che non puniscono niente. Non vi è dunque ipotesi nella quale faccia difetto il pensiero che dà al duello l' obiettivo della pubblica giustizia. Al contrario è fallace il sistema che dà al duello l' obiettivo della *integrità personale*. Spessissimo lo sfidato accetta la sfida per obbedire alla pubblica opinione, e non parer vile, ma col fermo proponimento di non ferire nè uccidere. Egli scende sul terreno deliberato di esplodere in aria la sua pistola. Avvenga di lui ciò che vuole Dio; egli per omaggio all' onore espone il proprio corpo, ma non vuole esporre l' anima sua al rischio di lordarsi di umano sangue. Sceso sul terreno egli ha di fatto esploso in aria la sua pistola. Se l' obiettivo del reato di duello è la persona, costui va impunito. Tanto varrebbe non punir mai tutti i duelli tranne come ferimenti od omicidii, perchè chi non avrà ferito nè ucciso potrà sempre dire che intenzionalmente misurò i colpi della sua spada, o la direzione della sua pistola in guisa da non offendere; e il fatto gli dà ragione. Io rispetto dunque le convinzioni di tutti, ma persevero nelle mie.

§. 2880.

Altri posero particolare studio nel suggerire od ordinare metodi per mille (1) modi variati per associare alla forza delle pene più efficaci prevenzioni. E molti propugnarono la abolizione della penalità assoluta, ed il sistema di una permissione del duello condizionata e subordinata (2) a certe autorizzazioni superiori. Di qui la proposta dei tribunali d' onore e di un giurì che debba preventivamente decidere se è o no necessario il duello nei casi concreti a soddisfare l' onore. Di qui la proposta di far definire alla

legge *a priori* le condizioni della licenza di duellare; sia distinguendo le *cause* del battersi; sia distinguendo i *modi* e le *armi*, ed i *patti* della battaglia: autorizzandola in prevenzione la legge se per certe cause, con certe armi, con certi modi, e con certi patti pugnata; e dichiarândola delitto soltanto se pugnata altrimenti. Molti poi divagarono in considerazioni morali ed invettive contro il duello, quasi credessero nei loro scritti abilità di fare argine allo andazzo dei tempi, dei pregiudizii, e degli usi (3). Tutti questi lavori sono inspirati da ottimo pensiero e in molte parti lodevoli: ma non è ufficio del giurista, e molto meno del cattedratico, lo scendere in questo inesauribile campo.

(1) In Napoli Carlo III creò l'ordine di san Gennaro appositamente per prevenire i duelli, imponendo che i nobili napoletani quando fossero insigniti di quell'ordine dovessero prestare giuramento di non battersi a duello.

(2) Dei limiti entro i quali si doveva permettere il duello dalle autorità e delle sue condizioni, scrissero Marco *decisiones tom.* 2, *quaest.* 958 — Guido Papa *quaest.* 617; e moltissimi altri che ricorda il Conringio *opera omnia vol.* 3, *pag.* 78, §. 32. Expilly *(plaidoyers n.* 30 *in fin.)* ciò più di ottanta autori che a suo tempo avevano scritto sopra il duello.

(3) La pazienza delle ingiurie è consigliata dai più accorti giuristi e filosofi. Boehmero *(exercitat.* 96, *cap.* 4 *ad cap.* 9) disertamente sostenne essere triste consiglio anche il dar querela per le ingiurie verbali; e non essere vigliaccheria disprezzarle, ma bensì aderenza ai principii cristiani ed inoltre somma prudenza della vita e fonte di utilità. Gli argomenti di Boehmero (che certamente non colpiscono una diffamazione maligna meditata e tenace) mostrano la

esorbitanza di correre al duello per una fugace parola, per un gesto o per una irreverenza. Ma che valgono le prediche contro la ipertrofia dell' orgoglio e contro le corrotte abitudini? I legislatori non avvertono bastantemente a questa grande verità che i due principali moventi della vita pratica nell' uomo sono la *imitazione* e l' *abitudine*. Si può asserire come costante che delle cento cose fatte giornalmente dall' uomo novantanove le fa o per lo istinto d' imitazione o per il predominio dell' abitudine. Anche nella storia dei processi criminali si hanno perenni testimonianze di questo vero.

§. 2881.

Altrove infine si guardò la questione in faccia al diritto costituito: e si disse che sotto la legge la quale punisce il ferimento o l' omicidio non cade il duello che ha delle condizioni giuridiche affatto diverse. E questa ultima opinione governò per quasi trenta anni la Francia; ove si contarono non meno di undici giudicati della Corte di Cassazione che in opposizione a quello che giudicavano le Corti del Belgio, si pronunciarono nel senso dell' assoluzione.

§. 2882.

Ma alle considerazioni di Bentham si replicò o negando l' applicabilità in materia penale della regola *volenti non fit injuria* (1): od osservando che il consenso dell' ucciso non esclude certamente la criminosità dell' omicidio per la inalienabilità del diritto alla vita: ragione che non potea capire nella mente del filosofo inglese, il quale recisamente negava ogni legge naturale. A confutare i suoi argomenti bastava solo ricorrere alle solite dimostrazioni

che Puffendorf, e Wolfio avevano lasciato della punibilità del duello. Ed al suo asserto che nel duello non ricorreva danno *mediato*, e che così spariva l'elemento *politico* della criminalità, si rispose negando l'asserto: e per negarlo basta consultare l'intimo senso, il quale ci mostra come il duello se non spaventa li spadaccini, spaventa però i figli, i genitori, le mogli, e tutto il pubblico che sente interesse nella conservazione dei più valorosi concittadini. Alle considerazioni politiche energicamente si replicò non dovere le leggi di un popolo civile chinare la fronte in faccia ai pregiudizi, ma sradicarli con ogni studio: essere nulla gli esagerati benefizi del duello come strumento morale, in faccia ai disastri che esso cagiona: non potersi mai dire morale ciò che la religione riprova: sparire tutta la vantata utilità del duello in faccia al fatto che spesso vince l'ingiusto; la inefficacia secolare delle leggi penali contro il duello essere derivata dalla insania delle feroci penalità: meglio potersi il fine ottenere con più adatte e modiche repressioni.

(1) Furono vivissime su questo argomento le dispute che leggonsi nel *Nuovo archivio di diritto criminale*, fra lo Stubel che sosteneva verissima anche in criminale la sentenza — *nemini volenti fit injuria*, e l'Hepp che recisamente negava ogni efficacia di cotesta regola in materia penale. Fra i quali gettossi come conciliatore il Boehmert (*diss. quatenus verum sit volenti non fieri injuria*) mostrando come non fosse nè sempre falsa nè sempre vera.

§. 2883.

E finalmente alla questione speciale desunta dal silenzio del diritto costituito fece argine coraggioso nel 1837 il Dupin (1) il quale condusse la Cassazione di Francia a recedere dalle sue stesse osservanze; ed a decidere che anche nella assenza di uno speciale divieto dei duelli, le ferite e gli omicidi in quelli avvenuti cader dovevano sotto le generali sanzioni che il ferimento e l'omicidio indistintamente colpivano.

(1) Prima però del Dupin aveva aperto il varco a questa rettificazione di dottrina il Procurator Generale Plaisant nel Belgio con elaborata requisitoria del 15 gennaio 1835, denunziando alla Suprema Corte di Cassazione Belga un decreto della Camera di accusa della Corte di Bruxelles che avea pronunziato non esser luogo a punire l'omicidio avvenuto in duello, per mancanza di testo speciale di legge: alla quale requisitoria aveva fatto plauso quella Suprema Corte col suo decreto di annullamento del dì 12 febbraio 1835. Del resto quanto a Dupin tutti venerano la sua dottrina, ma tutti altresì conoscono la incostanza delle sue opinioni. Dupin Regio Procuratore sosteneva che il duello era un omicidio ed un ferimento simile agli altri: come giurista però (*oeuvres tom. 3, pag.* 258) egli scriveva così: *Le duel ne constitue pas seulement une attaque ou un délit contre les particuliers, comme un vol, ou un assassinat ordinaire. C'est avant tout un trouble à la paix publique, un mépris de la loi, une protestation contre l'organisation sociale: on se gouverne soi même, on méprise la souveraineté du pays dans le quel on vit: aussi jadis, sous la legislation de Louis XIV, le duel*

était il avant tout, un crimes de lèse majesté . . . . On jette dans les esprits l' idée que les citoyens peuvent appeler de tout à la force, placer toutes les questions à la pointe de l' epée et mettre leur volonté individuelle à place de la loi.

§. 2884.

Ma qui aprissi occasione a novelli dissidi. Poichè ritenuta la punibilità dell' omicidio o ferimento in duello sotto il titolo di omicidio o di ferimento, si divisero i giuristi nel loro pensiero circa la misura della sua penalità, ed in ispecie circa il *grado del dolo* che vi si dovea ravvisare. Parve ad alcuni che l' omicidio in duello dovesse punirsi come *premeditato* per cagione del precedente accordo: ad altri che dovesse considerarsi come *volontario* soltanto per la mancanza di dolo determinato precisamente alla strage. Ad altri piacque che dovesse punirsi come *provocato* per la presenza delle violenze minacciate dall' avversario; concetto falso scientificamente per la mancanza dell' *impeto*, che è la ragione costituente della forza degradante della provocazione. Ad altri infine (e questa opinione sostenuta da Pinet e Mongalvy, e adottata dal codice Parmense, prevalse appo il senno della magistratura toscana) che dovesse considerarsi como omicidio commesso *per eccesso di difesa;* perchè se fu imprudente lo scendere in campo, fu necessità difendersi quando erano sguainate le spade.

§. 2885.

Fin qui si era corso di errore in errore. Coloro che negavano il diritto di punire il duello per *de-*

duzioni giuridiche del consenso non avvertivano al sommo principio della inalienabilità di certi diritti: ed al fatto che il consenso è spesso apparente perchè figlio di potentissima coazione morale esercitata da pervertimento della pubblica opinione che minaccia disonore a chi in certe condizioni non sfida o non accetta la sfida. La quale coazione poichè non giunge a tale da togliere affatto la libertà non vale ad escludere la imputazione, ma pur basterebbe a non rendere valutabile il consenso perchè meno libero quando pure si trattasse di diritti alienabili.

§. 2886.

Osservo eziandio che può prescindersi dalla regola dei diritti connati e della loro inalienabilità. Infatti l' obiettivo giuridico del reato di omicidio non è soltanto il diritto alla vita nell' ucciso. Comunemente i criminalisti si limitano a contemplare in questo l' obietto dell' omicidio, perchè in ciò sta il danno primario e diretto; ed è esuberante allo scopo della incriminazione. Ma dove possa mai avvenire che su tale obiettivo incontrisi un dubbio, rimangono pure degli altri diritti che valgono ad esuberanza a costruire la base giuridica della imputabilità. Alla vita di un uomo non ha diritto egli solo: figli, moglie, genitori, fratelli, ed altri, hanno pure diritto alla conservazione di quella vita ed alla integrità di quelle membra. Voi non potete negare questo diritto poichè all' orbo, alla vedova, all' orfano, voi date un' azione per indennità contro l' uccisore; voi date loro un diritto all' accusa, ed anzi certe leggi ne fecero un dovere civile; voi ammettete costoro come parti ci-

vili nel processo contro l'omicida: e se a quella vita che fu spenta in duello avevano pur diritto altri individui che non consentirono alla insana battaglia, è vanità (anche sotto questo secondo aspetto) argomentare dal consenso di chi si battè per negare la punibilità del duello.

§. 2887.

Coloro che la non punibilità del duello sostenevano per ragioni *politico morali* desunte dalla sua vantata *utilità sociale*, non avvertivano che tale argomento non approdava pel vizio di provar troppo, troppi essendo i delitti ed i casi nei quali si sarebbe potuto ripetere. È legge provvidenziale, governatrice di tutto il mondo materiale, che come dalla morte nasce la vita e dalla vita la morte, così da ogni male un qualche bene, e da ogni bene un qualche male succeda. Questa legge continua e misteriosamente sensibile si svolge ancora in proposito di molti delitti, che pur si puniscono senza riguardo al bene che possa esserne conseguito. Che vi ha di così utile al perfezionamento morale dell' uomo quanto la maldicenza? Guardatevi attorno, e dite se nella verità della vita non è questo il più potente strumento a frenare gli umani pervertimenti. Nella maggioranza degli uomini torna guida incessante alla loro condotta il pensiero *qu' en dira mon voisin; qu' en dira ma voisine?* Se vi hanno donne oneste; se vi hanno cassieri probi, servi fedeli, e simili, la maggioranza di loro ne va debitrice a questo pensiero che la educò alle buone abitudini; soltanto pochi spiriti superiori fanno il bene pen-

sando *cosa ne dirà Dio,* e pochissimi pensando *cosa ne dirà la mia coscienza.* È una pretta iperbole che gli uomini siano in società per sottostare al sindacato della reciproca spada; ma è una verità positiva che tra i fini pei quali la legge divina impose all' uomo la consociazione, avvi pur quello del reciproco sindacato morale, leva potente del morale perfezionamento. Siate dunque logici, e seguitando le vostre considerazioni politiche sul duello abolite le pene contro la diffamazione. Quando in una taverna due notissimi rissatori vagabondi e infesti alle proprietà, vengono a rissa e ne consegue omicidio, ciò reca frutto ubertoso di quiete e sicurezza futura alla società. Ma per questo vorrete voi riprodurre la massima di certi pratici, *occisio hominis notorie facinorosi non punitur?* Qual fonte maggiore di pubblica prosperità della circolazione delle ricchezze? Certamente è di gran danno la lunga vita dell' avaro che per dieci lustri accumulò denaro per tenerlo sepolto a difficoltà dei capitali desiderati dalla industria. Il giorno in cui quel tesoro si schiude è un' era ridente, e una brillante fortuna economica per tutta la città: dunque porrete voi come regola che chi ruba a ricco avaro non deve essere punito perchè fu causa di pubblico bene? Sono cento le applicazioni assurde che può ricevere questo falso principio per cui si vorrebbe esente da pena un delitto a cagione di una utilità pubblica che ne consegue. Ma il principio è falso, perchè non è certa la sua base neppure nel fatto (1): ed è poi falso in radice, perchè il giure penale deve colpire ovunque scorga la malvagia violazione del diritto. A stento in eccezionalissimi casi potrebbe ravvisarsi una di-

minuente nei fortuiti beneficii che produsse un delitto: ma farne una dirimente, anzi una cagione di proclamare la impunità, demolisce i cardini del giure punitivo.

(1) Non ha *base nel fatto* la obiezione che il duello sia *utile* per frenare li insidiatori dell' altrui onore e della pace delle famiglie. Un abile spadaccino si ride di questo freno, e arditamente insulta uomini pacifici e non atti all' armi od imbelli. Non avvi cosa tanto priva di *senso logico* quanto i piccoli duelli della odierna società combattuti per la più lieve cagione. Tu mi hai offeso: io sono un vile se non ti chiedo soddisfazione: e la riparazione del mio onore oltraggiato sarà che io mi faccia dal mio offensore cacciare in letto per qualche mese, o rendere storpio per tutta la vita. Bella riparazione! Si è visto in pratica un prepotente armigero farsi dominatore persino dei Consigli comunali ed imporre ai suoi Colleghi la propria opinione mercè la paura di un colpo di sciabola. Nulla avvi di tanto ridicolo quanto i piccoli duelli che si combattono per private cagioni. Un senso logico ebbero gli antichi duelli che decidevano delle sorti di un regno. Ebbero un senso logico i duelli del medio evo, perchè la fede religiosa degenerata in superstizione vi facea ravvisare un oracolo della giustizia divina. Ma tolto ciò il duello non ha senso tranne quando la privata cagione sia vitale e gravissima, e si combatta a morte. Aberrante anche allora dalla morale e dalla religione il duello, non aberra almeno dalla logica. La offesa che tu mi hai recato è sì grave che non rende più compatibile la coesistenza di ambedue sulla terra. O morire od essere ucciso. La vita non mi è più sopportabile finchè è accompagnata dalla tua presenza. Qui vi è una logica: una logica feroce, ma sempre logica. Li odierni duelli limitati ad una sgraffiatura, oltre ad essere un peccato ed un delitto, sono un oltraggio al senso comune.

§. 2888.

Finalmente coloro che sull' orme di Dupin e Plaisant e dell'attuale giurisprudenza francese, l' obiettivo giurico del *duello* cercano nel diritto alla vita ed alla integrità delle membra, col punire nel fatto i semplici resultamenti lesivi dell' avversario, calcano una via non meno errata delle altre: con tale sistema resta impunita la sfida (1); resta impunita la pugna senza effusione di sangue, per quanto a lungo e ferocemente pugnata. Resta impunito lo stesso duellante che ha ricevuto la offesa: e ciò presenta doppia singolarità. La prima è quella che volendosi punire come complici i padrini ne avviene che mentre il duellante non si può punire perchè egli stesso è il ferito, si punisce il padrino di lui, facendolo per una strana finzione complice dello avversario. La seconda nasce dal confronto tra i vecchi ed i nuovi costumi: un tempo condannavasi a morte il succumbente in duello; oggi condannasi il vincitore: tanto sono varii i giudizii degli uomini! Ad alcuni di tali sconci sarebbesi riparato invocando la dottrina del conato; ma non si osò (2). Ma il vizio radicale di questo sistema sorgeva dalla dottrina della imputazione e del suo grado, essendochè uccidere o restare uccisi nel duello non sempre sia volontario, perchè il più delle volte effetto del caso; e possa derivare da un colpo di parata o da un moto imprudente della vittima stessa. Laonde i più esatti fra coloro che guardano la cosa sotto questo punto di vista, cioè come omicidio o ferimento, non imputano il resultato che

come preterintenzionale o commesso per eccesso di difesa.

(1) Gli statuti criminali della Engladina (da me altra volta ricordati) alla Sezione 2, §. 76, considerano come delitto *consumato* di duello la semplice sfida accettata con respettivo proposito di combattere, quantunque non susseguita da effettivo combattimento.

(2) Si vedano le mie osservazioni nello scritto intitolato *duelo y riña* pubblicato nel Giornale *La escuela del derecho tom. 1, pag. 17*, riprodotto in italiano fra i miei *opuscoli vol. 3.*

§. 2889.

In mezzo a queste fluttuanze la scienza moderna ha ricostruito la teoria del duello. Si è ormai riconosciuto essere erroneo il concetto propugnato in Francia dal Dupin che non sia delitto il battersi in duello, ma sia delitto lo uccidere o ferire in duello. La monomachia ha invece la sua *essenza* nel *battersi,* indipendentemente da qualunque risultato sinistro. I risultati più o meno gravi possono aumentare la quantità del delitto. Ma essi non sono che *circostanze,* e la vera *essenzialità* del delitto è nel battersi. E la indole giuridica di questo reato è nell' *animo di sostituire la forza individuale alla forza pubblica, e il giudizio delle armi al giudizio dei magistrati:* questo concetto evidentemente porta il duello fra i delitti contro la *pubblica giustizia* (1); ed è dallo spreto della giustizia che si definisce il suo titolo. La intenzione di uccidere o ferire è incerta, può anche non esservi; può venire positivamente esclusa dal fatto di avere i duellanti esploso

le armi verso il cielo; può anche sperarsi dai combattenti che entrambo le palle vadano al vento, perchè siano scesi sul terreno per puntiglio di onore più che per sete di sangue (2). Ma la intenzione di *farsi giustizia da sè* è certa e costante; e secondo questo criterio il duello non è che una ragion fattasi *nominata*. I *risultati* più o meno gravi ne aumenteranno la *quantità* sotto il rapporto del danno immediato, che naturalmente trae seco anche un maggiore spavento nei cittadini; e saranno imputabili a chi ne fu causa, come conseguenza di un fatto illecito, e secondo il criterio della loro prevedibilità maggiore o minore. Ecco come dopo lungo e fluttuante svolgimento si compie nei tempi odierni la storia giuridica del duello. Dopo essersi agitato per molti secoli nella più singolare oscillazione di fasi contradittorie, esso trova finalmente definita dalla scienza odierna la propria figura: esso è un *delitto* ma un delitto *sociale*.

(1) Anche la moderna scuola germanica propugna questo più retto punto di vista che il duello altro non sia tranne un reato contro la pubblica giustizia: Berner *lehrbuch pag.* 493, *edit.* 3. Il progetto di nuovo codice penale Austriaco che sta attualmente (1870) compilandosi da una commissione di egregi giureconsulti, e ad occasione del quale lo illustre Geyer ha arricchito la scienza di un volume d' importantissime osservazioni, mantiene il concetto moderno che il duello sia un reato sociale; concetto esattissimo, e che conduce per logica conseguenza a riconoscere una criminosità anche nella semplice sfida, nella sua accettazione, e nella preparazione alla pugna. Una nuovità di questo progetto meritevole di essere notata si è nella distinzione che si vuole introdurre fra il *duello* comunemente usato in Europa e il

così detto *duello americano*. Al primo si conserverebbe il nome di *duello*, e si giudicherebbe con le regole prevalse ormai nella scienza moderna. Al secondo si darebbe un nome speciale che esprime il concetto di *giuocare a sorte la vita*: e si minaccerebbero contro questa forma penalità di gran lunga più severe. L'argomento è nuovo, ed ha bisogno di essere meditato e studiato. Non deve peraltro dimenticarsi che il duello americano è una invenzione della democrazia, suggerita da quel rispetto al principio della uguaglianza che tanto meravigliosamente si attua al di là dell'Atlantico. Il fine di tale invenzione è quello di rendere impossibile la soverchieria abituale di certi schermitori che con la minaccia permanente di una sfida si fanno i tiranni delle società civili europee, perchè fidenti nella loro superiorità al tiro o al maneggio delle armi sono certi di battersi senza pericolo, e fanno facile prova di un falso coraggio, il quale non è che viltà e soverchieria. In faccia alla forma americana anche costoro bisogna che tremino; ed è questo l'unico modo di rintuzzarne la prepotenza. Questa osservazione è incontrastabile: resta a vedere quali ne siano le conseguenze giuridiche.

(2) Esiste tuttavia qua e là qualche pubblicista che dubita di questo moderno concetto, perchè non può esservi dottrina per quanto solida e vera la quale non incontri qualche contradittore. Per mantenere il duello fra i reati contro le persone è inevitabile potere affermare che tutti i duellisti scendono in campo col deliberato proposito di uccidere l'avversario: e questo appunto è ciò che si dice dagli oppositori, allegando che il caso di un duellante il quale si batta per soddisfare all'onore, ma col proposito di non spargere sangue umano è rarissimo ed eccezionale. Io non credo vera tale osservazione almeno nella mitezza degli odierni costumi; ho migliore opinione del cuore umano; e credo che la storia dei duelli contemporanei presenti frequentissimi esempii di simile verità. Ma sia che vuolsi della frequenza od infrequenza di quelle miti intenzioni, è certo in punto giuridico

che posto il duello fra i reati contro le persone sarebbe necessario in ogni duello incruento fornire la prova dell' animo di uccidere in contradiziono col fatto; prova difficilissima e sfuggevole; mancando la quale sarebbe sempre doveroso l' assolvere. Il delitto dunque si deve classare secondo quel diritto alla cui lesione si dirige sempre in modo certo ed indubitato l' animo dei combattenti; anzichè secondo quel diritto che può non essersi voluto aggredire col duello, e che per conseguenza ne lascia eventuale la repressione.

§. 2890.

Il legislatore Toscano ha voluto fare omaggio alla scienza ed ai suoi progressi in questo argomento. Ma mentre ha fatto sembiante di accettare il principio, lo ha poi falsato nell' applicazione; in primo luogo annoverando il duello, ed anche la semplice sfida concordata (art. 240 a 251) fra i delitti *contro le persone*, lo che è un errore palpabile; in secondo luogo infliggendo all' omicidio in duello la pena della *casa di forza*, ed estendendola fino a 10 anni, mentre l' omicidio ordinario può essere punito di 7 anni; in terzo luogo inserendovi (art. 250) il concetto della *provocazione* senza neppure definirla. Sicchè la provocazione rimane qui come formula sibillina, non sapendosi se è provocatore chi con lo ingiuriare obbliga l' altro a sfidare, oppure se è provocatore chi sfida. Anche il codice Sardo ha collocato il delitto di duello (art. 588 a 595) fra i delitti *contro le persone;* senza avvertire che quando due si accordano a battersi non si sa *contro quali persone* si possa dire commesso questo reato. Ma almeno ha seguitato la dottrina nelle penalità, limitando al massimo di *un anno di carcere* (art. 589) la pena del-

l' omicidio ed a *sei mesi di carcere* quella del ferimento grave in duello; il che esprime nettamente l' idea di non ravvisare nei resultati l' elemento nè materiale nè intenzionale del malefizio: e di più ha chiaramente stabilito che promotore del duello debba tenersi quello (art. 592) che ha provocato l' altercazione (1).

(1) Il codice Portoghese del 1852 (art. 385) punisce con la prigione da uno a tre anni e col massimo della multa l' omicidio commesso in duello. Il codice Spagnuolo del 1848 (art. 341) lo punisce con la prigione maggiore da sette a dodici anni. Il codice Austriaco del 1852 (§. 143) col carcere duro da cinque a dieci anni. Il codice Gregoriano (art. 298, 299) lo punisce con la galera da dieci a venti anni se il duello è seguito dentro le ventiquattro ore dalla provocazione, e con la morte se è avvenuto dopo un intervallo maggiore. Il Portogallo fu una delle prime Nazioni che comprese giovar meglio a reprimere il duello pene miti, e perciò fu elogiata la Ordinanza del 30 agosto 1612, la quale non comminava che pene di esilio o relegazione; onde fu detto dai contemporanei dovere questa legislazione servir di modello al rimanente di Europa: Jordao *commentario ao codigo penal Portuguez vol.* 4, *pag.* 133. Vedasi anche Mellio *institutiones juris criminalis Lusitani tit.* 4, §. 14. Ai termini dell' art. 589 del codice Sardo si elevò questione se fosse punibile il duellante che è rimasto ferito senza essere feritore. Il pubblico Ministero ne fece argomento di ricorso alla Corte di Cassazione di Torino sostenendo che dovesse punirsi. Ma la Corte Suprema col giudicato del 28 aprile 1869 stabilì che il duellante rimasto ferito senza essere feritore dovesse pel codice Sardo andare esente da pena quando anche fosse stato provocante al duello. È notevole in questa decisione il principale motivo assunto per rigettare il ricorso del pubblico Ministero. La pena (disse la Corte

Suprema) vorrebbe qui l'accusa desumerla da una *argomentazione:* e ciò basta a mostrare inaccettabile il ricorso, perchè volendo punire per argomento dove la legge tace si propugna una interpetrazione *estensiva* a fine di punire, non mai accettabile in giure criminale; lo che basta per sè solo a confutare il ricorso e renderlo insostenibile quando anche la interpetrazione letterale conducesse allo assurdo. Il codice Estense non puniva il duellante ferito, e non feritore tranne quando egli fosse stato il provocatore al duello, e la ferita da lui sofferta fosse leggiera. Il codice Toscano punisce indistintamente anche il duellante ferito, ma con pena più mite di quella inflitta al feritore. Chi brami erudirsi sulle penalità del *duello* minacciato dai diversi codici Americani veglianti (troppo poco conosciuti fra noi) può trovarne una assai estesa indicazione nel *n.* 7 della *Temi Zanclea anno* 1.

§. 2891.

Nè meno erroneo era il concetto che ai *padrini*, o testimonii (1) del duello applicava la regola della complicità. Comprendesi da ognuno che il padrino dell' ucciso ha tutto voluto, tutto desiderato, fuorchè il ferimento o la strage dell' amico, al quale facea da secondo. Questa uccisione è dunque un evento al quale egli non ha niente diretto la opera sua, e che ha usato ogni studio per impedire, e che è avvenuto in diretta opposizione ai suoi voti. Come si applica la teoria della complicità a questi termini, senza falsarne la nozione fondamentale? Ma se invece il reato non si fa consistere nell' omicidio o nel ferimento, ma nella sfida e nella battaglia: ecco spontanea la conseguenza, che senza assurdo nessuno, senza aberrazione dai principii giuridici, si dichiarino partecipi i padrini del *delitto di duello;*

perchè a questo fatto con la opera volontaria concorsero. Sotto questo punto di vista non vi è più nessuna repugnanza *giuridica* a dichiarare del crimine di duello responsabili anche i padrini: e solo può disputarsi della misura della loro responsabilità, e della convenienza *politica* di punirli.

(1) È prudente costume che ciascuno dei duellanti conduca seco sul campo un suo chirurgo di fiducia per averne assistenza in caso di bisogno. Ed io vidi in un duello combattuto a Pisa, e denunciato alla giustizia, perchè si trattava di due scolari, arrabattarsi l'accusa per processare anche i *medici*. Il codice di Zurigo ha testè proclamato la impunità dei *medici* assistenti al duello nel suo §. 94. Ma pare a me che non siavi bisogno di un articolo speciale di legge perchè si dia sanzione ai precetti di umanità.

§. 2892.

Sul quale proposito fuvvi chi opinò non essere prudente incriminare i padrini, perchè la loro presenza è guarentigia che la battaglia proceda lealmente. Laddove col punire i secondi è a temersi che i duelli si pugnino senza testimonii, per la difficoltà di trovare chi voglia per conto di altri esporsi ad una condanna. Ma cotesta opinione, che sembra essersi accettata dal codice Sardo (art. 598) tranne il caso in cui i padrini siano stati gli istigatori del duello, non si approva da altri; i quali suggeriscono come più prudenziale di punire mitemente i padrini quando il duello abbia avuto *conseguenze sinistre*, e *niente* punirli quando non le abbia avute. Lo che si ragiona sopra gagliardo pensiero e *giuridicamente*, e *politicamente: giuridicamente*, perchè quando

il duello non condusse a risultati deplorabili può bene accettarsi la *presunzione* che ciò sia stato merito dei padrini: *politicamente*, perchè cotesta provvisione è eccitamento ai padrini di procurare appunto con ogni studio loro che non avvenga effusione di sangue. Il codice Toscano (art. 348) si è in sostanza inspirato a cotesta teoria, ma l' ha guasta e frustrata, non contentandosi di quella *presunzione* che è tanto ragionevole, ed esigendo invece per esimere i padrini da ogni penalità la *prova* della efficienza della opera loro a fare che il duello si compisse senza effusione di sangue. Ciò mostra che il redattore di quell' articolo non avea conoscenza della realtà delle cose. I modi che talvolta possono usarsi da due padrini umani per far sì che a dispetto dei combattenti il duello riesca incruento, sono tali che non può darsene prova legale; e di più non si vorrebbero neppure confessare da un cavaliero al cospetto del pubblico (1).

(1) Le diverse opinioni sulla convenienza o meno di punire i padrini si riassumono da Ferrao *theoria do direito penal vol. 7, pag.* 192, *artigo* 386. La Cassazione di Francia col suo giudicato del 4 gennaio 1845 ha accolto il principio che quando risulti avere i padrini fatto il possibile per impedire il duello non sono passibili di veruna pena per il mero loro intervento. Vedasi quanto scriveva Faustin Helie nella *Revue Wolowski tom.* 22, *pag.* 90. Analogamente la stessa Corte aveva il 5 aprile 1858 stabilito non potersi punire i padrini quando constava essersi recati sul terreno col *fine di usare ogni mezzo* per impedire il duello. Questo è il vero lato giuridico della questione. La punibilità dei padrini è problematica finchè è problematico se intervenissero con buone intenzioni o con intenzioni prave: e quando

consti di queste saranno punibili come complici e non come *padrini*. Ecco qual' è per me la vera formula con cui deve sciogliersi questa combattuta questione.

§. 2893.

Appena ha bisogno di essere avvertito che quando in un duello abbia avuto luogo la *frode*, tutta la teoria speciale si dilegua; e si rientra nei termini di un vero omicidio premeditato. Non più può parlarsi di sentimento di onore, di mancanza di dolo determinato, e di quanto altro impropria l'omicidio in duello.

§. 2894.

Questa configurazione criminosa del *duello* novellamente creata dalla scienza, e che di giorno in giorno viene ricevendo sanzione dai moderni codici, vuole pertanto essere studiata; e specialmente vuol essere contemplato quali siano i criterii *essenziali*, quali i criterii *misuratori*, quali le specialità del *grado* in questa forma criminosa del *duello*.

§. 2895.

In quanto ai criterii *essenziali* i costumi dei tempi nostri ed il principio della eguaglianza civile, ormai riconosciuto come base della società cristiana, non ammettono che nel duello s' intrudano distinzioni in ragione delle armi scelte dai combattenti, o della loro condizione sociale. Cosicchè si avrà oggi un duello, quando ne ricorrano le altre condizioni giuridiche, anche in una pugna combattuta fra plebei della più vile condizione con armi volgari.

§. 2896.

A questo luogo si riproduce una osservazione che ho già fatto altre volte. Cercando la soluzione giuridica di qualche problema penale negli scrittori non bisogna perdere di vista i tempi e le leggi sotto le quali scrivevano. Questa verità ha risalto più che in ogni altra materia nell' argomento del duello, il quale con una oscillazione singolare e sorprendente ha subito così svariati passaggi. Ora benedetto e tenuto come omaggio alla giustizia Divina; ora maledetto e scomunicato come eresia; ora ordinato e protetto; ora tollerato; ora perseguitato con furibonda ferocia; e sempre alternando con una vicenda da mostrare quanto siano mutabili le opinioni ed i costumi. Gli scrittori di cose penali dovettero bene anch' essi subire la forza di tali oscillazioni, non solo in ciò che riguarda la *penalità* ma anche in ciò che riguarda la stessa nozione del duello. Così nello esame della questione se ad avere un vero *duello* fosse estremo la nobiltà delle persone, la nobiltà delle armi, il concorso di certi riti e dei padrini, e simili, influirono evidentemente le condizioni della penalità. È noto infatti che nelle questioni criminali si è sempre più o meno sviluppata la tendenza ad accettare la soluzione più benigna e più mite. Questa osservazione è costante. Ora in quei tempi, nei quali era mitezza dichiarare un omicida piuttosto assassino (1) che duellista, in quei tempi, nei quali il duellista era scomunicato e condannato alla sepoltura *asinina,* era pietà restringere la nozione del duello entro i più angusti confini; e

ciò portava a negare che i rustici (2) i plebei e simil gente, si potessero tenere come duellisti; che duello non fosse quello combattuto senza padrini, senza certe formalità di sfida, o con coltelli o bastoni, e via così discorrendo. Ma tali restrizioni (che d'altronde avversano il vero criterio nozionale del duello) non più vengono imposte dal cuore alla mente sotto quelle leggi che invece colpiscono l'omicida in duello con pena minore di quella serbata allo assassino; e la scienza odierna non può più accettarle. Del pari la idea che un duello si possa riconoscere soltanto nella tenzone avvenuta fra gente nobile potè prender radice dove la facoltà di duellare si accordava per beneficenza sovrana come un privilegio (3), ma tali reminiscenze appartengono ad una storia che non rappresenta i tempi nostri, e le giurisprudenze che si informarono a quei periodi non possono aver peso nella dottrina scientifica odierna; in faccia alla quale la nozione del duello si è emancipata da tante pastoie di persone, di armi, di tempo e di modo, e si è costruita sopra un concetto principalmente ideologico.

(1) Della severità delle pene contro i duellisti minacciate dagli editti francesi nel periodo di persecuzione di questo reato ho già dato cenno di sopra (§. 2875): aggiungerò solo che Brillon *(arrêts notables, mot duels, n. 8 in fin.)* ricorda di aver avuto rimprovero di troppa mitezza dal re per avere condannato un luogotenente *soltanto al taglio della testa*. A questa mitezza egli si era condotto dallo avere osservato che l'uno dei combattenti era *en bottes* e l'altro *en pantouffles:* dal che argomentò non esservi stato sfida precedente ma aggressione, e perciò decise trattarsi di assassinio. Quando si riflette che si giunse a considerare la

uccisione in duello come più esecrabile dell' assassinio, si scorge l' apogeo di fanatismo al quale giunse la Francia in quel periodo nell' odio contro i duellisti.

(2) Esaminò la questione se duello possa aver luogo fra i rustici: Wernher *tom.* 2, *pars* 7, *observ.* 164, *pag.* 285 — Panimolle *decis.* 144.

(3) Così ricordò Conringio (*opera omnia, vol.* 1, *pag.* 410, *nota c, n.* 22) che nell' anno 1297 il Duca di Savoia concesse ai nobili genovesi il privilegio di battersi in duello: e altrove (*opera omnia vol.* 1, *pag.* 433) ricorda altro privilegio col quale Rodolfo II Imperatore il 9 settembre del 1609 accordò ai Duchi di Lorena la facoltà di concedere licenze per duellare agli abitanti del territorio fra il Reno e la Mosa.

§. 2897.

Si è voluto anche recentemente sostenere che il titolo di duello, malgrado il precedente accordo dei combattenti di venire a tenzone per soddisfazione di onore, non sia applicabile dove non concorse l' assistenza dei *padrini* (1) quasichè lo intervento di questi sia un criterio essenziale indispensabile al titolo di duello. Siffatta tesi si propugnò non ha guari dall' accusa avanti i tribunali di Napoli, ma venne doverosamente reietta. Tutta la essenzialità del duello sta nel precedente accordo, e nel fine di farsi privatamente giustizia, invece d' impetrarla dai tribunali. Ogni altra materialità accessoria è una contingenza che non tiene alla essenzialità speciale di questo reato. D' altronde siffatta tesi è respinta dalla generalità degli scrittori che insegnano, e dai codici contemporanei che stabiliscono (codice Russo, Spagnuolo, ed altri) doversi considerare come circostanza che aumenta la quantità politica del duello

quella di essersi combattuto senza secondi. Ciò mostra che il duello senza padrini (ed è bene ragionevole) sia più inviso alla legge, ma mostra al tempo medesimo che la mancanza di padrini non elimina il titolo di duello.

(1) Berner (*lehrbuch pag.* 495) mentre esterna la opinione che i padrini ed i medici non debbano mai punirsi per l' assistenza da loro prestata al duello, concorda però senza esitazione che la mancanza al combattimento dell' intervento di padrini non lo faccia cessare di essere duello quando vi concorrano le altre circostanze costitutive.

§. 2898.

Il progresso non è soltanto nelle scienze e nelle arti, ma anche nelle forme criminose. Una di tali forme è quella recentemente invalsa, e che ad onore dei suoi inventori ha il nome di *duello americano.* Dicesi oggi duello americano quello che si fa ponendo gli avversari nella situazione di uccidersi ciascheduno da loro. Per esempio due pillole, una di pane ed una di strichnina, due pistole una vuota ed una carica. Ognuno deve agire sopra sè stesso ingoiando da sè la pillola che a caso gli è toccata, o esplodendo contro di sè la pistola. Alcuni hanno detto che in questo caso si deve applicare la pena ordinaria del duello al superstite, ma non la pena maggiore del duello susseguito da omicidio, perchè in quanto all' omicidio l' agente ed il paziente sono la stessa persona. Il Luder al contrario ha sostenuto che questa specialità non muta niente neppure in ordine alla imputazione delle conseguenze del

duello. A me pare che qualora a questa forma si ritenga applicabile il titolo di duello, egli dica bene, perchè se agente materiale è lo stesso paziente, causa prima del suo agire è peraltro il superstite, che con una coazione morale lo ha portato a suicidarsi. Mi pare che qui si riproducano le osservazioni che feci in proposito del partecipe al suicidio. Ma io sarei molto inclinato ad opinare che a questa forma criminosa non potesse con *proprietà* adattarsi il titolo giuridico di duello (1).

(1) Il duello così detto *americano* è una specialità che ha formato recentemente grande argomento di disputa fra i criminalisti. Questa forma barbara di duello consiste nel giuocare a sorte la vita. Il nemico non si batte col nemico per ucciderlo: ma se la sorte è stata sfavorevole a quello lo costringe a suicidarsi in virtù del patto precedente, minacciandolo di diffamarlo come vile se manca al patto di uccidersi. Ora che codesto fatto non cada sotto le disposizioni di legge che colpiscono il duello parmi cosa evidente, ed è generalmente concordato dai più. Ma poichè repugna che un fatto così feroce non incontri punizione, si è disputato qual sia il vero titolo sotto il quale debba condursi in faccia ad un codice che non contenga un relativo provvedimento speciale. Il titolo di uccisione del consenziente non è applicabile, perchè la vittima si è uccisa da sè. Ma si porge spontaneo il titolo d' *istigazione al suicidio*, ed è questo veramente il concetto giuridico sotto il quale vuole essere contemplato. È però da osservarsi che nel duello americano il nemico fa qualche cosa di più che istigare al suicidio il nemico: egli glielo comanda, e ve lo costringe in virtù della promessa, e con la minaccia del disonore. Questo pensiero ha suggerito al Frühwald la idea singolare di richiamare il fatto sotto il titolo di *estorsione*, sostenendo applicabile siffatto titolo per le leggi penali austriache. L' ar-

gomento si fa in questa guisa: nessun dubbio che l' avversario avendo costretto il succombente a suicidarsi con la minaccia del disonore abbia usato sopra di lui una pressione mediante minaccia; e finquì la cosa è chiara; ma cotesta violenza morale si esercitò dessa per *ottenere una prestazione?* Ecco dove stava la difficoltà. A Frühwald è sembrato che ciò potesse affermarsi. Il suicidio commesso dal succombente è agli occhi suoi la prestazione estorta dal vincitore mediante violenza morale. Anzi egli va più oltre, e trova che questa prestazione è *superiore al valore di* 300 *fiorini,* perchè la vita di un uomo vale più assai di cotesta somma. Simile ragionamento (per quanto sottile) non mi persuade, perchè il concetto della estorsione è quello di un *lucro pecuniario* procacciatosi mercè la violenza, e male si adatta al semplice piacere di una vendetta. Vedasi l' *Eco dei Tribunali* n. 1619.

§. 2899.

I criterii *essenziali* del duello bisogna dunque cercarli nell' *animo* dei combattenti: e cioè — 1.° Nel *fine* che si propongono, quello cioè di dare e respettivamente ricevere una soddisfazione per un torto recato o patito; o di decidere una questione fra loro vertente, per guisa che le armi debbano esercitare la funzione di arbitri e di amministratori di giustizia fra le parti; e — 2.° la *scienza* e reciproco *consenso* di battersi, precedente alla battaglia. Questa seconda condizione ideologica del duello rende estremo indispensabile della sua nozione giuridica una precedente *sfida.*

§. 2900.

Sarebbe dunque importante definire con esatta formula giuridica i caratteri costitutivi della *sfida*. Sarebbe importante, perchè essendo questo un criterio essenziale del duello, dal decidere se vi fu o no disfida ed accettazione dipende lo stabilire se si abbia un duello o piuttosto una rissa od una aggressione. E più intimamente sarebbe importante definire la *sfida* dopo che le moderne leggi hanno generalizzato il pensiero di considerare la semplice *sfida* come un reato di per sè stante e completo nella indole sua; minacciando pene speciali a questo reato da infliggersi quando la battaglia non sia susseguita, e da rimanere assorbite nelle penalità del duello quando questo abbia con qualsivoglia esito avuto effetto. Le pene speciali di questa figura criminosa distinta che chiamano *sfida*, non possono evidentemente infliggersi se non dove ricorrano i suoi particolari elementi giuridici.

§. 2901.

Ma qui si versa in nuove difficoltà non enucleate con sufficiente chiarezza nè dagli scrittori nè dai legislatori. Certo è che non può punirsi come sfida una qualunque *minaccia* od *ingiuria*, quantunque apparisca fatta al fine di far nascere un duello: certo è che la *provocazione* a *duello* in alcuni rispetti è cosa sostanzialmente distinta dalla vera sfida. Ma rimane a determinare le condizioni di questa.

§. 2902.

In tale difficoltà io credo che primieramente si debba distinguere il fine della *ricerca*. Quando accadde la pugna, e trattasi di decidere se questa rappresenti un duello od una rissa, per determinare le penalità eventualmente applicabili a questo secondo fatto ed ai risultamenti del medesimo, non si potrà essere rigorosi nello esigere alla sfida certe forme solenni e quasi direi sacramentali. Si dovrà tener dietro piuttosto al concetto ideologico, e non alla concorrenza di una odiata formalità materiale, o di uno o di altro preparativo. Quando risulterà che in precedenza alla pugna anche di pochi minuti vi fu da un lato la determinazione di chiedere allo avversario una soddisfazione col mezzo delle armi, e vi fu dall' altro lato la determinazione di accettare la proposta, tanto basterà perchè si concluda esser questo un duello e non una rissa, perchè preceduto dallo invito e dalla accettazione, e così da reciproco consenso di venire a battaglia per quel dato fine.

§. 2903.

Ma quando invece si tratti di duello non avvenuto per impedimento esteriore, cosicchè il giudice debba proporre a sè stesso il quesito se il fatto a lui denunciato debba punire come *ingiuria*, come *minaccia*, come *provocazione*, o piuttosto come reato di *sfida* a *duello* in sè perfetto e giuridicamente completo nei proprii elementi criminosi, io credo debba procedersi con maggiore esitanza e cautela. È qui

dove io trovo gravissima difficoltà nel definire la *sfida* guardata come reato di per sè stante. A costituire questo delitto speciale e ad irrogare contro il medesimo le speciali penalità non credo per fermo che si possano dimandare certi riti o condizioni materiali, come l'invio del cartello o del messaggiero, o certe formule esplicite nella proposizione direttamente fatta dall'avversario all'avversario. Ma pure bisognerà che l'atto a cui vuole attribuirsi il nome di *sfida* per imputarlo come tale, offra condizioni esteriori che rendano certo il giudice del fermo proposito in colui che vuol dirsi sfidatore, e del fermo proposito in colui che vuol dirsi accettatore di sfida. Fermo proposito da un lato di costringere l'avversario a battersi, e dall'altro lato di accettare lo invito e di consentire alla futura battaglia. Se quando trattasi di punire la sola sfida (per mancanza di ogni atto di successiva esecuzione) negli atti del primo potrà scorgersi una millantazione, e negli atti del secondo una risposta evasiva, cosicchè non sia accertata nè in quello nè in questo la positiva determinazione, sarà difficile applicare le pene speciali di questo titolo.

§. 2904.

Ma quando la fermezza del proposito di seriamente invitare e di seriamente accettare rimanga assodata nel processo per qualsisia mezzo di prova, io non credo che a dire *consumato* il reato di *sfida* occorrano ulteriori condizioni di fatto. Il reato di *sfida* è perfetto, sebbene non si siano ancora scelti i padrini, non ancora scelte le armi, non ancora fis-

sato il luogo e l'ora della tenzone. In una parola io non credo si possa immaginare un tentativo di sfida distinto dal reato perfetto, e punibile come conato: o si ha il delitto di *sfida a duello* perchè la determinazione è accertata e questa fu sufficientemente comunicata; o non si ha niente che meriti punizione, perchè i meri progetti e le mere velleità di delinquere, sebbene coltivate a lungo, ed anche manifestate, non sono tentativi punibili. Le moderne leggi col fare della sfida un reato *sui generis* hanno poi eliminato tutte le infinite questioni che un dì si facevano dagli scrittori di cose criminali intorno al *tentativo* di *duello*. Questionossi se la sfida si potesse punire come conato di duello, tesi ardua a sostenersi: questionossi se fosse a punirsi come duello tentato la discesa nel campo interrotta per fatto di estranei prima che si incrociassero le spade o si impugnassero le pistole: questionossi se fosse duello tentato il primo incrociamento delle armi interrotto anch'esso per sorpresa. Ma oggi tali questioni si rendono inutili, poichè la scienza ha definito con caratteri speciali il delitto di *sfida* e il delitto di *duello*. Il primo si consuma con la determinazione della respettiva volontà: il secondo si consuma con lo incominciare la battaglia, e fino a questo momento non può punirsi che come sfida; e da questo momento in là è delitto di *duello* perfetto senza attendere la effusione del sangue. Cosicchè, a parer mio, la teorica del tentativo rimane perpetuamente estranea a questa materia (1).

(1) La contemplazione del tentativo in questo reato varia secondo il diverso concetto col quale si determina la ogget-

tività del medesimo. Dove il duello (come in Francia) non si punisce come reato speciale ma solo si punisce il ferimento o l'omicidio avvenuto, la nozione del tentativo quando vi fosse adattabile subirebbe le regole generali del *conato ad necem*. Ma adattare non vi si può per difetto dello elemento intenzionale che è di essenza al tentativo, inquantochè nel duellante non si può stabilire il dolo determinato. Questa difficoltà si potrebbe eliminare soltanto nei casi di duelli che si fosse pattuito doversi combattere fino alla morte di uno dei due, e nel duello americano. Dove al contrario si punisca il duello come reato in sè stesso perfetto anche prima delle conseguenze sinistre, ma non si detti speciale disposizione contro la sfida, in questa e negli atti e convenzioni consecutive non repugna che si ravvisi un tentativo di duello: la sola difficoltà consiste nel distinguere gli atti esecutivi dagli atti preparatorii. Ma dove finalmente si punisce il duello, e più si punisce la sfida come delitto in sè stesso completo, lo non trovo possibile la nozione del conato: perchè se le spade furono incrociate, è già *consumato* il duello; e se ancora non lo furono, io veggo negli atti successivi alla sfida (accordi, preparazione di armi, e discesa sul terreno) una mera continuazione del delitto speciale di sfida. Anzi, secondo il pensiero che espongo nella nota al §. 2905, può dirsi scientificamente che il reato di sfida non sia consumato finchè le parti non sono scese sul terreno, non facendosi certa fino a questo momento la determinazione di provocare effettivamente una pugna anzi che quella di far mostra di bravura o incutere timore.

§. 2905.

Dalla teorica del tentativo la scienza moderna accatta soltanto una regola per adattarla al duello: ed è quella della utilità del pentimento. Anzi codesta regola si allarga nella presente materia per vedute

politiche. In ogni altro genere di reato il pentimento spontaneo dei colpevoli impedisce che si imputi il fatto come *tentativo*, ma lascia sussistere la imputabilità degli atti già eseguiti qualora in loro stessi presentino un titolo di reato punibile. Qui al contrario lo interesse di prevenire le calamità sanguinose dei duelli ha fatto derogare alle strette deduzioni giuridiche, ed alla regola che un atto delittuoso già in sè punibile non si cancella pel successivo pentimento. Generalmente si è disposto (ed è savissima provvisione) che quando i combattenti anche dopo sguainate le armi, ma prima di ogni effusione di sangue, desistano da ogni fiero proposito per pentimento spontaneo, non più debba procedersi criminalmente contro di loro. Laonde chi si senta colpevole del delitto di sfida, e tema di essere per questo processato e punito, non ha per evitare la pena altro mezzo tranne quello di far mostra di perseveranza e poscia venire alla pacificazione. Parrà questo un assurdo, ma la convenienza politica esige si disponga così (1).

(1) Ai termini del codice Austriaco siccome l' art. 165 dispone che lo sfidatore a duello non sia più punibile, se dopo avere sfidato manca poi di presentarsi sul terreno per combattere, così la Corte Suprema di Vienna col giudicato dell' 11 aprile 1865 stabilì che non potesse altrimenti punirsi l' autore della sfida se per le misure preventive dell' autorità gli era stato impedito di presentarsi sul terreno. Riflettè molto saviamente la Corte Suprema che sebbene in cotesta ipotesi la mancata presenza dello sfidatore sul terreno non abbia proceduto da un atto spontaneo della sua volontà, pure, siccome egli quando sfidò era sempre in tempo a pentirsi e profittando della benignità della legge evi-

tare la pena della sfida, così non è conveniente che l' autorità ponendo la mano sopra di lui lo abbia spogliato della eventualità favorevole, ed impedito dal mostrare la sua resipiscenza. Questa osservazione è eminentemente saggia. Riducendo il concetto dal punto di vista morale alla formula scientifica si può dire che per il codice Austriaco il delitto di sfida non si consuma che col presentarsi sul terreno, e che le parole di sfida non sono che un atto preparatorio che non rivelano a sufficienza la univocità della determinazione criminosa.

§. 2906.

L' argomento del duello presenta una elegante questione in proposito del concorso del titolo d' *ingiuria* col titolo di *provocazione al duello* Non è raro che taluno desideroso di battersi con odiata persona per cause le quali a buona ragione non ama si propalino al pubblico, cerchi di provocare l' avversario ad una sfida, e spesso a questo fine si sceglie la via dell' insulto. Ma l' offeso non è armigero; e invece di lanciare una sfida, presenta querela d' ingiuria. L' accusato deduce che non ebbe animo d' ingiuriare, ma soltanto volle cercare occasione ad un duello, e riesce a porre in chiaro questa sua intenzione. Che dovrà dirsi in tale ipotesi? Quale dei due titoli dovrà applicarsi? Supposta la prova di quella intenzione io opinerei che il titolo d' *ingiuria* non fosse giuridicamente obiettabile: — 1.° perchè è condizione *essenziale* della ingiuria (§. 1751) l' animo di ingiuriare — 2.° perchè il provocare a duello niente offende l' onore altrui; anzi è testificazione di onoranza, perchè con persona vile e disonorata non si vuole misurare la propria

spada, mentre invece è segno di sprezzo opporre ad alcuno che non sia degno di battersi con noi. Obiettando il titolo d'ingiuria dove il fine non è quello di disonorare, si contradice al carattere costitutivo dei reati contro l'onore (1).

(1) Vedi la nota al §. 1752.

§. 2907.

Tale questione può assumere diversa importanza secondo la relativa gravità delle punizioni minacciate respettivamente a quei due titoli di reato. In faccia al codice Sardo che niente punisce la provocazione a duello, il resultato potrebbe esser quello dell'assoluzione. E qui l'accusa ha il massimo interesse a sostenere l'ardua tesi di una ingiuria senza animo di ingiuriare. In faccia al codice Toscano, che all'art. 340 punisce con l'esilio particolare da due a otto mesi la sfida a duello quantunque non accettata, e punisce la ingiuria (art. 368) con pene più miti, la situazione si rovescia, e la difesa ha interesse di dire che l'accusato non ebbe animo di sfidare ma di avvilire il nemico mettendolo in situazione di ritrarsi da quelle che si chiamano le vie dell'onore. E qui nascono due ulteriori difficoltà in faccia a questo codice sul definire cosa costituisca la *sfida* incriminata dal medesimo; se cioè — 1.° basti la sola materialità non accompagnata dalla *intenzione* di battersi: e — 2.° qual sia la *materialità* che costituisce la sfida; e se siavi bisogno della esplicita intimazione e dell'invio di un cartello nelle forme regolari di uso per dire consumato questo

delitto; oppure basti una qualsisia provocazione equivalente, e che implicitamente suoni disfida.

§. 2908.

Ad occasione della sfida nasce altro dubbio nella ipotesi rovescia a quella testè esaminata. Tizio mi inviò cartello regolare d'invito a battermi seco lui: io per disimpegno rispondo non potere aderire a scendere sul terreno con persona disonorata, o simili: Tizio si querela contro di me per ingiuria. Alla difesa io deduco che niente pensai ad attaccare l'onore di costui col dirlo *persona disonorata,* ma che quello fu un mio ripiego, un mezzo termine per evitare il peccato, o per evitare il delitto, o per evitare i pericoli della pelle senza incontrare taccia di viltà. Che dovrà dirsi di tale sistema? Ricorrendo al principio che l'animo di ingiuriare è essenziale ai reati contro l'onore, a me parrebbe fondato: e di vero sarebbe repugnante che il giudice trovasse delitto in un atto fatto al solo fine di esimersi dal commettere un delitto gravissimo.

§. 2909.

Anche guardato il duello secondo il moderno concetto come un reato sociale, offre larga applicazione alla teorica del grado nella forza morale del maleflizio specialmente in proposito dell'impeto degli affetti e della coazione. Il giudice nel distribuire la imputazione dei diversi casi deve tenere a calcolo la *causa* per cui si procedette a duello, sotto il duplice punto di vista della giustizia respettiva e della

pressione maggiore o minore esercitata da quella causa sulla libertà della determinazione. Cosicchè più si degrada la imputazione dove più potente e più ragionevole fu il motivo che spinse alla pugna. Ma questo calcolo deve farsi sotto un punto di vista tutto morale piuttosto che subordinarlo a certe materialità esteriori; e torno a dire che la differenziale accettata da certe legislazioni antiche e moderne tra *sfidatore* e *sfidato* non mi par buona, perchè non risponde in modo *assoluto* alla giustizia distributiva, trovandosi spesso minore colpabilità nello sfidato; e preferisco la formula che la maggiore imputazione attribuisce al *provocatore,* e la minore (1) al *provocato* a duello.

(1) Sulle divergenze dei pratici in quanto ai maggiori o minori effetti della provocazione come *scusa* al duello, vedasi Burgers *singularium observationum Centuria* 3, *observ.* 17.

§. 2910.

Il giudice a parer mio non deve sempre fermarsi a guardare chi fu che sfidò, ma deve piuttosto cercare chi fu il *primo che volle* il duello, e chi fu il primo che con atto riprovevole gli diede volontariamente occasione (1). Il nemico che nel disegno di provocarmi a duellare con lui mi recò in pubblico un sanguinoso oltraggio e mi costrinse per il pregiudizio della opinione a chiedergli riparazione con le armi, sarà per tale artifizio riuscito ad assumere in faccia al giudice la veste di sfidato, ed avrà posto addosso a me quella di sfidatore; ma non persuade che io debba essere giudicato più colpevole

di lui mentre la sua azione fu freddamente calcolata, e la mia procedette da un impeto di giusto sdegno o dal predominio di una coazione impostami (sia pure erroneamente) dalla pubblica opinione e dal timore di apparire altrimenti un vile e cadere in discredito (2). Il marito che sorprenda il violatore del proprio talamo sarebbe dalla legge scusato se immediatamente procedesse a ferire od uccidere l'inerme drudo. Ma se egli per una idea cavalleresca ami meglio chiedere la riparazione della offesa in un combattimento ad armi uguali, si dovrà giudicare meritevole di maggiore severità perchè materialmente guardata la situazione respettiva, egli fu lo sfidatore (3): ed invece dovrà come sfidato dirsi meritevole di benigno riguardo il drudo che dopo avere a quel disgraziato inferito offesa gravissima e distrutto la sua pace domestica, si accinge ancora (stolto modo di riparazione) a togliergli la vita? Queste ed altre simili contingenze dimostrano non potersi accettare come assolutamente giusta la distinzione tra sfidatore e sfidato.

(1) Coerente a questo pensiero fu il codice Spagnuolo che all' art. 352 limita lo aggravamento della pena contro lo sfidatore a soli due casi — 1.° quando abbia sfidato senza volerne spiegare il motivo — 2.° quando sebbene lo sfidato abbia fatto le sue scuse persista nella sfida.

(2) Una disposizione speciale s' incontra all' art. 354 del codice Spagnuolo, e all' art. 382 del codice Portoghese del 1852 dove si prevede come forma più odiosa d' ingiuria il fatto di chi sia andato screditando qualcuno per non avere accettato un duello, e si punisce con multa e carcere fino a tre mesi. Questo provvedimento arieggia ad una misura *preventiva:* e in tale punto di vista a me parrebbe se ne

potesse allargare il concetto creando un titolo generale di reato nello *eccitamento a duello*, formula che sarebbe comprensiva di moltissime ipotesi. Poichè la scienza moderna ha trovato buono, e lo è di fatto (§. 2752) di creare un titolo speciale di reato nello *eccitamento alla resistenza*, parmi che questo pensiero non debba incontrare difficoltà.

(3) Mi pare che dovesse distinguersi prima di generalizzare l' odio contro lo sfidatore; poichè vi sono aggressioni ed offese che obbligano in virtù dei pregiudizii sociali gli uomini posti in certe condizioni a chiedere soddisfazione mediante una sfida dell' oltraggio patito. A me pare difettosissima e feconda d' ingiustizia la regola stabilita dal codice di Parma che alla uccisione in duello commina la carcere in fortezza dai 10 ai 20 anni contro lo sfidatore, e dai 3 ai 10 contro lo sfidato. Io vorrei che si guardasse più addentro alla causa della sfida. Accetterei la distinzione se la sfida si lanciò per una causa frivola od espiscata; ma quando la causa fu grave e giusta, vorrei si dimettesse quest' odio contro lo sfidatore. E il concetto parmi che si potesse esprimere con facilità ed in modo netto, dicendo che quando lo sfidato aveva provocato la sfida con un atto che *in sè costituisce delitto* dovesse cessare ogni aumento di pena contro lo sfidatore. La ragione che mi persuado di ciò è il confronto tra le penalità dell' *omicidio provocato*, e le penalità dell' *omicidio in duello*. Confronto che deve farsi se si vuole esser giusti, ma che instituito in diversi dei codici contemporanei conduce agli assurdi. Suppongasi che un militare sia brutalmente percosso da un suo camerata: se egli sguaina la spada ed uccide il suo percussore senza dargli tempo a difesa, è reo di *omicidio provocato*. Ma se più generoso e leale el dice all' offensore tu mi hai oltraggiato, io ti sfido; e si battono, e l' uccide, è reo di *uccisione in duello* aggravata dalla sua qualità di *sfidatore*. Si meditino questi due casi, e vi si applichino le penalità respettivamente sancite da alcuni codici moderni, e bisognerà persuadersi che la ultima formula per ottenere un adeguato reparto di punizione non è ancora trovata.

§. 2911.

Vi sono dei combattimenti nei quali non entra a cose ordinarie il giure penale, e sono le sfide fatte *onoris certandi gratia,* come il pugilato degli antichi romani, le accademie di scherma, le giostre ed i tornei (1) ora eseguite al fine di erudimento personale, ora anche per gioco e scommessa, ora a cagione di spettacolo e per sollazzo pubblico. Questi fatti sono leciti. Tollerare ed anzi incitare ed incoraggiare i giovani al maneggio delle armi, è cosa utilissima non solo come ginnastica profittevole alla educazione individuale, ma come mezzo indispensabile ai militari servigi ed ai bisogni eventuali della guerra. Qui non può cadere in mente ad alcuno il pensiero di applicare le leggi e le sanzioni contro i duelli. Che se anche in queste per lo accidentale rompersi di un floretto, o per altra eventualità, si cagioni ferimento od anche omicidio, esclusa ogni idea di malizia, io credo non possa oggidì procedersi a punizione neppure per titolo di omicidio o ferimento *colposo.* Credo accettabile anche oggidì il responso di Ulpiano alla *leg. 7,* §. *1 ad legem Aquiliam,* il quale consuona ai cardini della imputazione civile. Versando gli agenti in cosa lecita si hanno i termini del caso fortuito; e tranne eccezionali ipotesi di imperdonabile sciaguratagine che quasi confini col dolo, vi è luogo a deplorare un infortunio, non a punire un delitto.

(1) Puttmann *elementa juris criminalis* §. 395 — Illmann *de torneamentis* — Scubari *de ludis eque-*

stribus — Pancirolo *de rebus deperditis pars* 2, *tit.* 20, *pag.* 289.

§. 2912.

In quanto alle degradanti della età, della ubriachezza, ed altre simili, non vi è in questa materia occasione a speciali osservazioni. Quanto al *tentativo* ho già detto il mio pensiero. In ordine alla *complicità* sono parimente venuto esternando di sopra le mie opinioni in proposito dei padrini. Tranne le speciali considerazioni relative a questi che tengono divise le opinioni dei giuristi e dei legislatori per il conflitto tra certe vedute politiche ed il rigore delle giuridiche deduzioni, io credo che i precetti generali della complicità procedano invariati riguardo ad ogni estraneo che siasi renduto partecipe di un duello con dolose istigazioni (1), somministrazione di armi o di luogo, od altro simile modo di cooperazione. Non occorre però spendere parole a mostrare la insanità di una regola eccezionale che ebbe iniqua sanzione negli editti di Francia, maleaugurata-mente riprodotta in qualche parte d' Italia (2); per la quale si punivano come complici anche li spettatori curiosi.

(1) Codice Spagnuolo art. 553 — codice Austriaco §. 145 — codice Portoghese art. 383 — legge Belga dell' 8 gennaio 1841 art. 2 e 3. Vedi Voisin *de la complicité pag.* 139.

(2) In Toscana una legge del 18 settembre 1634 (riprodotta nella collezione del Cantini *tom.* 16, *pag.* 182) puniva della forca e della confisca dei beni anche la semplice sfida al duello e della medesima pena colpiva siccome correi anche gli assistenti al combattimento per mera curiosità. Ma anche qui la prudenza della nostra magistratura aveva por-

tato sensibili modificazioni. È notevole un giudicato del 28 giugno 1826, riferito dal Cerretelli alla parola *duello n.* 3, che ad un omicidio commesso in duello applicò due anni di confino a Volterra valutando come scusa la forte provocazione, riconosciuta nello essersi dall' ucciso proferito ingiuria contro la Nazione italiana. Ordinariamente nelle pratiche nostre la pena si era ridotta, nel caso di semplice ferimento in duello, allo esilio compartimentale. Molte furono in Napoli le sanzioni pragmatiche contro i duellisti: le più notabili sono quella del Vicerè Pietro di Toledo del 2 gennaio 1540, e quella del Conte di Monterrey del 6 decembre 1631; sulle quali è notevole che mentre la prima minacciava la morte anche contro i padrini, la seconda ridusse la pena alla relegazione ed alla multa, ma non già per sentimento di mitezza; bensì perchè la prima legge per quasi un secolo non era mai stata eseguita appunto per la sua troppa severità. Più modernamente la legge del 20 maggio 1808 distingueva fra duello che avesse avuto luogo nell' atto stesso dell' alterco, e duello che si fosse pugnato dopo un intervallo di tempo, usando severità maggiore contro questo che non contro quello: e portando il massimo della pena anche alla morte, a condizione però che la causa del duello fosse *ingiusta*, usava sempre severità maggiore contro lo sfidatore, e minore contro lo sfidato. Questa legge fu in Napoli modificata dall' altra del 31 luglio 1838, la quale mantenne nei casi più gravi la pena capitale. La legge Belga del 1841 non minaccia che carcere e multa anche in caso di omicidio; e la stessa qualità di pena, ma in durata minore, minaccia ai padrini. Il codice di Massachussets non commina che la perdita dei diritti civili per anni venti. Il codice di Vurtembergh e il codice Greco collocano il duello fra i delitti contro la pubblica giustizia, considerandolo come ragion fattasi. Ma questo concetto giuridico è originariamente italiano; ed è di Filangieri, e fu poi sviluppato dal De Simoni. Il codice di Nuova York del 10 dicembre 1828 applica all' omicidio seguito in duello le pene ordinarie, minacciando pena di pri-

gionia al semplice duellare. Il codice Rumeno del 1864, all' art. 260, considera come duello anche quello combattuto senza padrini; ma quando in tal caso siavi avvenuto omicidio applica la pena ordinaria di questo.

§. 2913.

In Italia il pensiero della inconvenienza politica di punire il duello ha nuovamente acquistato proseliti, e sembra (1870) imminente per parte di questi la presentazione al parlamento di un progetto di legge abolitivo della repressione dei duelli. Io non voglio precocemente esternare una opinione su tale possibilità. In punto astratto di scienza ho già mostrato di sopra che non persuadono l' animo mio gli argomenti così giuridici come politici coi quali molti autorevoli filosofi propugnarono la non punibilità dei singolari combattimenti lealmente pugnati a causa di riparazione di onore. Ma nel concreto le attuali condizioni d' Italia possono presentare argomenti specialissimi che rendano conveniente, e forse anche necessario, un provvedimento di riforma della attuale legislazione sui duelli. La questione vuol dunque essere esaminata avuto riguardo allo attuale *stato di ragione,* ed all' attuale *stato di fatto* del reame di Italia.

§. 2914.

Lo *stato di ragione* che governa oggi l' Italia è il regime costituzionale. Questo regime, simbolo di progresso, e universalmente desiderato, esige ampliazioni di libertà, ed in special modo libertà di stampa, e libertà di parola nel parlamento. Queste

due libertà non possono togliersi nè coartarsi senza demolire in radice la indole del nostro sistema politico. E quantunque nella folla dei nuovi ordinamenti precipitosamente adottati nella risorta consociazione italiana molti ve ne abbia che in luogo di ampliare le libertà civili e meglio guarentire i sacri diritti dello individuo, siano avversi a tali libertà ed a tali diritti, con grande noia e peso dei cittadini di certe province che non erano use a consimili inceppamenti, pure nelle materie di stampa e di discussioni parlamentarie le velleità dispotiche di certi nostri legislatori non hanno osato portare la mano.

§. 2915.

Ma la libertà di stampa è ordinata per guisa fra noi, che rimane spesso senza tutela in faccia al giornalismo l' onore dei cittadini. Data licenza ad ogni codardo maligno di appiattarsi dietro il comodo fantoccio di un gerente responsabile, sa ognuno, e la esperienza giornaliera lo mostra, che l' onore dell' individuo non ha difesa dalla repressiva giustizia. Io dico francamente che vorrei libertà di stampa anche maggiore di quella che abbiamo; ma professo di non comprendere come si possa aspirare ad una libertà qualunque degli atti proprii senza accettare il naturale correspettivo di ogni libertà; vale a dire la *responsabilità* degli atti proprii. I due correlativi sono per loro natura giuridicamente inseparabili. Ma sia che vuolsi di queste mie idee; fatto è che oggi abbiamo una legge di stampa per la quale i più vili nemici all' ombra dell' anonimo e dell' irco emissario di un gerente che specula sulla carcere a

tanto per giorno, possono senza timore di pena lacerare le più oneste riputazioni. Ora qual è la grande ragione di punire il duello? È questo sommo principio sociale che l'autorità difende i nostri diritti, e perciò noi non dobbiamo difenderli di privata forza, ed invadiamo i diritti della società se la forza privata alla autorità di lei vogliamo sostituire. Ma questo principio cardinale della punibilità di ogni ragion fattasi privata quantunque giusta nella sua genesi e nel suo fine, cessa per buona logica in tutte quelle occasioni nelle quali la difesa pubblica è impotente alla tutela del diritto dei singoli. In tale frangente non cessa il diritto nè la necessità di proteggerlo, ma la sua protezione torna ad essere nella balìa dello individuo, perchè l'autorità la quale non esiste per proteggere il diritto deve considerarsi come non esistente per impedire ai singoli la protezione del medesimo (1).

(1) È pure da calcolarsi il freno che impongono le vegliaoti leggi alla pubblica giustizia mercè i privilegii accordati ai Deputati al Parlamento, dei quali certi prepotenti abusano volentieri. Se io ingiurio un Deputato, la giustizia è pronta a punirmi: ma se un Deputato mi ingiuria nel modo più villano non posso invocare il braccio della giustizia contro di lui, se non ottengo la licenza dal Parlamento: nè questa è sempre accordata. Se alcuno in questi termini ricorre ad una sfida è dunque una derisione rimproverarlo di non aver fatto appello alla autorità del giudice. Riconosco la giustizia del privilegio. Ma nella mia tenuità non arrivo a capire per qual motivo i Deputati debbano essere più privilegiati dei Senatori, la dignità dei quali si tutela bastantemente col privilegio del *foro* e non con la impunità.

§. 2916.

La *libertà della parola* nelle concioni parlamentarie è un' altra condizione di ragione che fa dubitare doversi in certe forme e circostanze tollerare il duello. Per le disposizioni inalterabili dello Statuto i rappresentanti del potere legislativo hanno (ed è necessità e dovere che l' abbiano) illimitata libertà di parola senza timore di carcere o pericolo di un'accusa qualunque per ciò che abbiano detto nel parlamento: questa immunità è indispensabile. Sarebbe stoltezza, sarebbe regresso, sarebbe demolizione del regime novellamente costituito, pensare non che a toglierla neppure a restringerla nella più piccola parte. Ma allora voi non potete più dire a chi sia stato offeso in tali condizioni che egli doveva invocare la giustizia pubblica e non la protezione della propria spada, perchè la giustizia pubblica gli chiudeva in faccia le porte, e gli negava ogni aiuto.

§. 2917.

Se dunque vi sono nell' attuale *stato di ragione* in Italia situazioni eccezionali (alcune delle quali sono assolutamente impreteribili) per cui l' onore di un cittadino può trovarsi esposto ad ingiuste offese senza potere sperare dalla giustizia pubblica quella riparazione alla quale il suo onore ha sacro diritto, la tesi assoluta della punibilità non è più sostenibile. Io non voglio dire qual sia la conseguenza di tale conflitto: dico solo che il conflitto esiste, e che ha bisogno di essere studiato per apportarvi un riparo (1).

(1) Vedasi quanto ha recentemente scritto in questo senso Paulo Fambri, con la sua consueta robustezza di logica e vivacità di modi, nel libro intitolato *Giurisprudenza del Duello, Firenze, tip. Barbèra,* 1869.

§. 2918.

Lo *stato di fatto* presente di Italia ha poi renduto ribelle il senso morale di tutti gli onesti contro l'attuale ordine legislativo che governa i duelli. È un fatto che oggi (1870) in Italia quasi non passa giorno in cui non si combatta un duello. È un fatto che contro questi duelli notorii, da tutti saputi, e da tutti conosciuti (in prevenzione e dopo) i pubblici ministerii nella cui libera balia (se non si fossero disgraziatamente mutati dall'ufficio di magistrati in quello di organi del potere (1) esecutivo) il libero Governo dovrebbe lasciar libero l'esercizio dell'azione penale, non adoprano e neppure si attentano ad adoprare il loro diritto di accusa, perchè trattasi di gente alto locata. Così nella Capitale ed in altre grandi città la legge contro i duelli non esiste: esiste però nelle piccole città e per gli uomini posti in più bassa fortuna, per i quali il conato di un duello è tuttora un delitto, e se ne mena scalpore, e se ne forma un processo, e si mantiene in trono la legge, quantunque altrove e per altri fiaccata, rotta e disprezzata. Questa è una verità positiva di storia contemporanea. Ed a questa condizione d'ineguaglianza siamo condotti oggidì quantunque si vanti di avere tanto riformato la giustizia penale, e quantunque si siano duplicati i galloni al berretto del pubblico ministero; quantunquo siasi posato sul banco del presidente il simbolico bastone col pomo d'oro; e quan-

tunque siasi scritto a grossi caratteri sopra la sua testa che *la legge è uguale per tutti.* Io non pronuncio opinione, nè emetto voti; io non intendo di iscrivermi fra i protettori del duello. Dico soltanto che questo *stato di fatto* (e disgraziatamente non è il solo) reclama un provvedimento, se non vuol dirsi che l'Italia ha dissotterrato gli statuti del medioevo, e che i delitti si puniscono o non si puniscono secondo il rango delle persone. Dico che se riconoscete in faccia al torrente della pubblica opinione di essere impotenti a punire un delitto nel maggior numero di coloro che lo commettono, dovete abbassare la fronte e rinunziare alla legge, serbandola a tempi migliori, piuttostochè scrivere sul frontespizio della medesima — questa è una legge che punisce soltanto quei cittadini che non hanno nè croci, nè nobiltà di natali, nè dignità, nè altro titolo di immunità.

(1) Questo stato di cose porge una ulteriore applicazione alle severe ma giuste parole dell' insig. Senator Musio, che si leggono nel Giornale giuridico Napoletano intitolato *Cesare Beccaria (anno II, pag.* 68) circa lo indefinibile infeudamento del pubblico Ministero al potere esecutivo ed alla politica. La giustizia serva delle convenienze politiche è la mostruosità coonaturale alle tiranoidi; ma il solo sospetto di ciò in un Governo libero sembra una visione febbrile: e pure non lo è. Sul che è da vedersi ancora e da meditarsi il non mai abbastanza encomiato lavoro di Giovanni Carcano intitolato *Il Pubblico Ministero, Milano,* 1868-69.

F I N E

DEL QUINTO VOLUME E DELLA PRIMA CLASSE

DELLA SEZIONE SECONDA

Digitized by Google

280.899

27 OV 1873

INDICE

DELLE RUBRICHE

SEZIONE SECONDA

DELITTI SOCIALI

PRENOZIONI . . . . . §. 2465 *a* 2475

CLASSE PRIMA

DELITTI CONTRO LA PUBBLICA GIUSTIZIA

CAP. 1.° *Idea e* contenuto *della classe* §. 2476 *a* 2484
CAP. 2.° *Delitti di* persone pubbliche
contro persone pubbliche §. 2485
Tit. 1.° Ambito . . . . . §. 2486 *a* 2500
Tit. 2.° Frodi nelle elezioni . §. 2501 *a* 2508
CAP. 3.° *Delitti di* persone pubbliche
contro persone private . §. 2509 *a* 2510
Art. 1.° Abuso *di pubblici* uffici.
Tit. 1.° Abuso di autorità . . §. 2511 *a* 2542
Tit. 2.° Corruzione . . . . §. 2543 *a* 2565
Tit. 3.° Concussione . . . . §. 2566 *a* 2592

Art. 2.° Abuso *di pubbliche* funzioni . . . . . §. 2593
Tit. 1.° Prevaricazione . . . §. 2594 *a* 2609
Tit. 2.° Calunnia . . . . . §. 2610 *a* 2648
Tit. 3.° Calunnia reale . . . §. 2649 *a* 2655
Tit. 4.° Simulazione di delitto. §. 2656 *a* 2661
Tit. 5.° Falsa testimonianza . §. 2662 *a* 2707
Tit. 6.° Subornazione di testimoni . . . . . §. 2708 *a* 2727
Tit. 7.° Spergiuro . . . . §. 2728 *a* 2739
Cap. 4.° *Delitti contro la pubblica giustizia di* persone private *contro* persone pubbliche . . . . . §. 2740
Tit. 1.° Resistenza . . . . §. 2741
Art. 1.° *Criterii* essenziali *della resistenza*. . . . . §. 2742
I. *Elemento* materiale *della resistenza* . . . . §. 2743 *a* 2757
II. *Elemento* intenzionale *della resistenza*. . . § 2758 *a* 2781
Art. 2.° *Criterii* misuratori *della resistenza*. . . . §. 2782
I *Criterii desunti dal danno* immediato . . . §. 2783 *a* 2791
II. *Criterii desunti dal danno* mediato . . . . §. 2792 *a* 2797
Art. 3.° *Del* grado *nella resistenza* . . . . . §. 2798
I. *Degradanti della resistenza nel rapporto della* forza fisica . . . . . §. 2799 *a* 2801

II. *Degradanti della resistenza nel rapporto della* forza morale . . . . §. 2802 *a* 2806
Art. 4.° Penalità *della resistenza* . . . . . §. 2807 *a* 2809
Tit. 2.° Esimizione, evasione, effrazione di carcere . . §. 2810 *a* 2821
Tit. 3.° Favoreggiamento . . §. 2822 *a* 2839
Tit. 4.° Inosservanza di pena §. 2840 *a* 2847
Cap. 5. *Delitti contro la pubblica giustizia di* persone private *contro* persone private §. 2848
Tit. 1.° Ragion fattasi . . . §. 2849 *a* 2860
Tit. 2.° Carcere privato . . §. 2861 *a* 2870
Tit. 3.° Duello . . . . . §. 2871 *ad fin.*

Digitized by Google

OPERE DELLO STESSO AUTORE

Programma del Corso di Diritto Criminale. Lucca, 1868-72 8 vol. in 8.° . . . . . it. L. 49. —

I suddetti 8 volumi si dividono come appresso:

PARTE GENERALE — Un Vol. in 8.° (SEZIONE PRIMA: *dei delitto* — SEZIONE SECONDA: *delle pene* — SEZIONE TERZA: *del giudizio criminale*) . . . . . » 7. —

PARTE SPECIALE — Vol. 1.° (*Introduzione* — SEZIONE PRIMA: *delitti naturali* — CLASSE PRIMA: *delitti contro la vita umana* — Omicidio) . . . . . » 6. —

— Vol. 2.° (CLASSE SECONDA: *delitti che offendono la persona senza toglierle la vita* — Lesione personale — Stupro — Violenza carnale — Oltraggio violento al pudore — CLASSE TERZA: *Delitti contro la libertà individuale* — Violenza privata — Minacce — Istigazione a delinquere — Coalizione industriale — Apertura di lettere — Rivelazione di segreti — Violazione di domicilio — Plagio — Ratto) . . . . . » 6. —

— Vol. 3.° (CLASSE QUARTA: *delitti contro l' onore* — Diffamazione — Libello famoso — Contumelia — CLASSE QUINTA: *delitti contro i diritti di famiglia* — Concubinato — Adulterio — Poligamia — Reati contro lo stato civile — Sottrazione di minori — Incesto) . . . . . » 6. —

— Vol. 4.° (CLASSE SESTA: *delitti contro la proprietà* — Furto proprio — Furto improprio — Amozione di termini — Turbata possesso — Caccia indebita — Diversione di acque — Danno dato) . . . . . » 6. —

— Vol. 5.° (SEZIONE SECONDA: *delitti sociali* — CLASSE PRIMA: *delitti contro la pubblica giustizia* — Ambito — Frodi elettorali — Abuso di autorità — Corruzione — Concussione — Prevaricazione — Calunnia — Simulazione di delitto — Falsa testimonianza — Subornazione — Spergiuro — Resistenza — Esimizione — Favoreggiamento — Inosservanza di pena — Ragion fattasi — Carcere privato — Duello) . . . . . » 6. —

— Vol. 6.° (CLASSE SECONDA: *Delitti contro la pubblica morale* — Oltraggio al pudore pubblico — Lenocinio — CLASSE TERZA: *delitti contro la pubblica tranquillità* — Violenza pubblica — Incendio — Mina o ruina ec.) . . . . . » 6. —

— Vol. 7.° (CLASSE SESTA: *Delitti contro la pubblica fede* — Peculato proprio — Bancarotta — Frodi contro il commercio — Falsa moneta — Falso in pubblico documento — Falso in bolli — CLASSE SETTIMA: *delitti contro la regolia* — Contrabando per impresa) . . . . . » 6. —

Opuscoli di Diritto Criminale, *seconda edizione, corretta, ampliata, e riordinata*. Lucca, 1870. 3 Vol. in 8.° formanti insieme circa 2000 pagine. . . . . » 21. —

Si vendono esclusivamente da Eugenio e Filippo Cammelli, Editori Libraj, FIRENZE, Piazza della Signoria.

SOTTO I TORCHI

PROGRESSO E REGRESSO
DEL GIURE PENALE
NEL REGNO D'ITALIA

RIVELATO

DALLA DOTTRINA, DALLA LEGISLAZIONE
E DALLA GIURISPRUDENZA

ED ESPOSTO

IN ALCUNI SCRITTI

del Prof. FRANCESCO CARRARA

RACCOLTI PER SERVIRE DI CONTINUAZIONE
AGLI OPUSCOLI DEL MEDESIMO AUTORE
GIÀ PUBBLICATI

LUCCA, TIPOGRAFIA GIUSTI

Saranno due volumi che porteranno la numerazione progressiva di volumi IV e V. — Questi due volumi si venderanno anche separatamente dai tre precedenti già pubblicati.

FIRE

B.10.1.75

BNC FIRENZE

Digitized by Google